

V CONGRESO NACIONAL SPDTSS

LIMA, 24 AL 26 DE OCTUBRE DE 2012

"TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS LABORALES: JUICIOS, RELACIONES SINDICALES Y MARCO INTERDISCIPLINARIO"

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



AUSPICIADORES

alicorp

ANTAMINA

Backus

Compañía de Minas Buenaventura

Cerro Verde

DOGMA laboral

Edenred

Ernst & Young
Quality In Everything We Do

Pima

GEPAE
PROYECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL

GrupoLucky

Interbank

Linoley

MARSA
MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A.

Minera Chinalco Perú S.A.
Proyecto Toromocho

molitalia

OIT

Overall

PUCP

Pontificia Universidad Católica del Perú



V CONGRESO NACIONAL SPDTSS

LIMA, 24 AL 26 DE OCTUBRE DE 2012

"TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS LABORALES: JUICIOS, RELACIONES SINDICALES Y MARCO INTERDISCIPLINARIO"

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tendencias y perspectivas laborales: Juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario

PRIMERA EDICIÓN
OCTUBRE 2012

Prohibida su reproducción total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D.Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-12527

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA
María Isabel Morales

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Martha Hidalgo Rivero

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

"TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS LABORALES: JUICIOS, RELACIONES SINDICALES Y MARCO INTERDISCIPLINARIO"

QUINTO CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONTENIDO

Comité Organizador del Quinto Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 7

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 8

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 8

Presentación 11

Programa del Quinto Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 13

Primer tema:

RELACIONES LABORALES DESDE LO TRIBUTARIO Y SOCIETARIO

Ponencias oficiales

- Las relaciones laborales desde lo tributario
  Mario Pasco Lizárraga 21

- La relación del derecho laboral con el derecho societario y su visión a partir de los sujetos de la relación laboral
Michael Vidal Salazar 59

Ponencias libres

- ¿Es responsable una empresa miembro de un grupo económico frente a los adeudos por concepto de créditos laborales que tuviese pendiente de pago otra de las empresas integrantes?
Esther Blanca Ángeles Solano 97
- Desvinculación laboral: Una mirada a las formas de extinción contractual desde el punto de vista laboral-tributario
Gianfranco Bringas Díaz 113
- Impactos de la fusión de empresas en la relación laboral
Cecilia Calderón Paredes 129
- Los trabajadores designados y su regulación legal en el Perú: análisis desde lo tributario - laboral
Ernesto Cárdenas Terry 147
- Aproximaciones a la regulación de la transmisión de empresas en el Derecho Laboral peruano
Claudia Denisse Cermeño Durand 163
- La discriminación por asociación: un nuevo supuesto de discriminación en el ámbito laboral
Ana Crisanto Castañeda 179
- La futura inconstitucionalidad de la obligación de reparto de utilidades para los trabajadores de las empresas tercerizadoras
Jaime Cuzquen Carnero 191
- Criterios del Ministerio de Trabajo y del Tribunal Fiscal sobre "el principio de primacía de la realidad" y "realidad económica"
Carole Ivonne Neyra Salazar 201
- La ruta hacia la igualdad de oportunidades
Luz Pacheco Zerga 219

Segundo tema:

RELACIONES SINDICALES

Ponencias oficiales

- Las organizaciones sindicales y la conflictividad social
Sergio Quiñones Infante 239

- La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo
Mauro Ugaz Olivares 263

Ponencias libres

- La (necesaria) coherencia que debe existir entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y las normas presupuestales. A propósito de las recientes controversias sometidas a arbitraje
Percy Alache 283
- ¿La sustitución de trabajadores en huelga mediante el esquirolaje interno constituye una infracción administrativa?
Frank Espinoza Laureano 297
- La representatividad sindical y el derecho de huelga en los sindicatos minoritarios
Álvaro García Manrique 307
- Apuntes para la modificación de la legislación peruana sobre clasificación de los sindicatos en función de la globalización económica y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo
Orlando González Nieves 323
- La negociación colectiva y la seguridad y salud en el trabajo: retos y realidades
César Lengua Apolaya 343
- La arbitrariedad del arbitraje potestativo en el Perú
Mauricio Matos Zegarra 359
- Las cláusulas de descuelgue salarial y su impacto en las relaciones sindicales en el Perú en el marco de la inaplicación salarial al interior del derecho colectivo del trabajo
Jorge Luis Mayor Sánchez 375
- Práctica e interpretación de los derechos colectivos en el último lustro (2008-2012): el aporte de la inspección del trabajo
Daniel Ulloa Millares 391

Tercer tema:

JUICIOS ORALES LABORALES

Ponencias oficiales

- "La oralidad" como sustento de la reforma procesal laboral en el Perú
Carlos Alberto Quispe Montesinos 407

- La oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano
Paul Paredes Palacios 429

Ponencias libres

- El proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ¿es una vía igualmente satisfactoria que el amparo? Comentarios a raíz de la reciente Casación Nº 3979-2011-Tacna
Oxal Víctor Ávalos Jara y *Elmer Huamán Estrada* 471
- Los juicios orales y el cambio del sistema procesal en Latinoamérica: un análisis comparado
Adolfo Ciudad Reynaud 485
- ¿El juez laboral todo lo puede?: a propósito de la prueba de oficio en la Nueva Ley Procesal del Trabajo
Roberto Gabriel Matallana Ruiz. 517
- La contracautela en el diseño de la Nueva Ley Procesal del Trabajo
Luis Mendoza Legoas 527
- Los derechos fundamentales en el procedimiento de despido: algunas consideraciones a tener en cuenta en el juzgamiento laboral
Alejandro José Navarrete Maldonado 543
- La oralización de la prueba documental en la audiencia de juzgamiento
Sandro Alberto Núñez Paz 559
- La conciliación en la Nueva Ley Procesal del trabajo
Jessica Pizarro Delgado 571
- La tramitación de la reposición en la vía laboral. A propósito del Primer Pleno Laboral Supremo
Mónica Pizarro Díaz 583
- Apuntes sobre la reposición en el empleo en los nuevos juicios laborales
César Puntriano Rosas 597
- ¿Vamos hacia la profesionalización del proceso oral laboral? Experiencias y análisis sobre la audiencia de juzgamiento
Augusto Saldaña Bruno y *Eduardo Mercado Villarán* 613
- Centrando el debate en el proceso laboral: la importancia de la correcta determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria
Sebastián Soltau Salazar 629
- La solicitud de trato igual y homologación de remuneraciones en el nuevo proceso laboral
Karla Zuta Palacios 645

QUINTO CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS LABORALES: JUICIOS, RELACIONES SINDICALES Y MARCO INTERDISCIPLINARIO"

LIMA, PERÚ

COMISIÓN ORGANIZADORA

Presidente de la Comisión Organizadora:	Jorge Luis Toyama Miyagusuku
Presidente de la SPDTSS:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Comisión Central:	José Ignacio Castro
	Pedro Morales Corrales
	Liliana Tsuboyama Shiohama
Comisión del Concurso Estudiantes:	César Puntriano
	Carlos Quispe
	Sergio Quiñones
	Michael Vidal

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJO DIRECTIVO (PERIODO 2007-2009)

Consejo Directivo 2011-2013

Presidente:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Vice-Presidente:	Guillermo Boza Pro
Secretaria:	Liliana Pilar Tsuboyama Shiohama
Pro-Secretario:	César Alfredo Puntriano Rosas
Tesorero:	Mauro Ugaz Olivares
Pro-Tesorero:	Estela Ospina Salas
Secretario de **Biblioteca y Publicaciones:**	Daniel Augusto Ulloa Millares
Eventos y Reuniones Científicas:	Orlando de las Casas de la Torre Ugarte
Relaciones Internacionales:	Jaime Zavala Costa

Asociados:

Abanto Revilla, César
Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz Regina
Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (†)
Arbulú Alva, Luis Arce Ortiz,
Elmer Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo Sergio
Balta Varillas, José Ernesto
Barrenechea Calderón, Julio César
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Boza Pro, Guillermo Martín
Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Carrillo Calle, Martín Alberto
Castillo Montoya, Nixon Javier
Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos
Cortés Carcelén, Juan Carlos
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Ferro Delgado, Víctor
Gamarra Vílchez, Leopoldo
García Granara, Fernando
Gonzáles Hunt, César José
Gonzáles Nieves, Orlando
Herrera Gonzáles - Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo
Marcenaro Frers, Ricardo Arturo
Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Gonzalez, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo
Mortola Flores, Italo Román
Neves Mujica, Javier
Ospina Salinas, Estela
Pacheco Zerga, Luz
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Cosmópolis, Mario

Pasco Lizárraga, Mario
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Tsuboyama Shiohama, Liliana
Ugaz Olivares, Mauro
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Bermudez, Alvaro
Vidal Salazar, Michael
Villacorta Ramírez, Edmundo
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Vinatea Recoba, Luis
Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger Enrique

Miembros Honorarios:

Carlos Blancas Bustamante
Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López Chávez
Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano
Oscar Ermida Uriarte (†)
Jean Claude Javillier
Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar
Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez (†)
Mozart Víctor Russomano (†)
Héctor Hugo Barbagelatta
Manuel Alonso Olea (†)
Guillermo Gonzales Rosales (†)
Ricardo La Hoz Tirado (†)
Javier Vargas Vargas (†)
Joaquín Leguía Gálvez (†)
Antonio Ojeda Avilés.

PRESENTACIÓN

Los Congresos de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) se han convertido en el referente académico más relevante en materia laboral del país. Estamos en el Quinto Congreso y, gracias al esfuerzo de los organizadores de los congresos anteriores de la SPDTSS, cada dos años nos reunimos para revisar los temas laborales y de seguridad social más importantes.

Esta es la primera vez que el Congreso Nacional se organiza en Lima (anteriormente fue realizado con éxito en Trujillo, Arequipa, Chiclayo y Cusco) y se ha denominado "Tendencias y Perspectivas Laborales: Juicios, Relaciones Sindicales y Marco Interdisciplinario". Una vez más, será una oportunidad para que laboralistas, profesores, gerentes y jefes de recursos humanos, dirigentes sindicales, inspectores, jueces y estudiantes compartan experiencias y conocimientos durante los días del evento.

Los Congresos de la SPDTSS buscan abordar temas que tienen impacto en las relaciones laborales, instituciones que ameritan un análisis académico y un debate desde diversos puntos de vista. En estos últimos años no se registran muchos cambios en las normas sustantivas pero sí variaciones relevantes en las adjetivas e instrumentales relacionadas con la solución de conflictos laborales (como los procesos judiciales y las negociaciones colectivas) y las vinculaciones del Derecho Laboral con otras áreas del Derecho como el Tributario, Societario, Constitucional o Penal. Todo lo expuesto importa nuevas aproximaciones académicas y genera variaciones en las conductas y estrategias de las partes laborales (sindicatos, trabajadores y empresas) y del Estado (jueces, inspectores y funcionarios).

En esta línea, en este Congreso se realizará un balance de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (que está vigente en muchas regiones del país y desde noviembre de este año en Lima), la situación de las relaciones colectivas de trabajo (arbitraje potestativo, negociaciones colectivas, etc.), así como las relaciones del Derecho Laboral con otras áreas como la tributaria y societaria (reorganizaciones,

fiscalizaciones, tributos laborales, etc.). Además, tendremos un conversatorio sobre la reforma laboral peruana y española para contribuir al debate conducente a una nueva regulación laboral.

Como en anteriores ocasiones y con el propósito de fomentar la investigación entre los estudiantes de Derecho, Ciencias Sociales y Relaciones Laborales de las diferentes universidades del país, se premiará los mejores trabajos del Concurso Laboral Universitario que este año tiene una participación record. Adicionalmente, se ha organizado el Primer Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho para que los estudiantes tengan un espacio de diálogo y formulación de propuestas.

Queremos agradecer a las empresas y estudios de abogados que nos han apoyado con sus auspicios y participaciones en este Congreso, a los asociados de la SPDTSS que han participado con entusiasmo y dedicación en la organización del Congreso y a todo el equipo de profesionales que está a cargo de la preparación del mismo.

Finalmente agradecemos a los seis ponentes oficiales por la preparación de sus presentaciones escritas, así como a las personas que han contribuido con sus ponencias libres que, en conjunto, nos brindan un libro con un análisis y reflexiones relevantes sobre los tres temas del Congreso.

Este libro es fruto del esfuerzo de todas las instituciones y personas mencionadas y ha sido preparado con cariño y el mayor profesionalismo posible. Esperamos que este texto académico sea del agrado para los asistentes al Congreso y los lectores del mismo.

Jorge Toyama Miyagusuku
Presidente del Comité Organizador del
Quinto Congreso Nacional de la SPDTSS

Juan Carlos Cortés Carcelén
Presidente de la SPDTSS

QUINTO CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS LABORALES: JUICIOS, RELACIONES SINDICALES Y MARCO INTERDISCIPLINARIO"

LIMA, PERÚ

PROGRAMA

Miércoles 24 de octubre

De 9:00 a.m. a 1:00 p.m.	Actividad Precongreso, dirigida a estudiantes de pre-grado
Lugar:	Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho
	Av. Universitaria s/n, Pueblo Libre

Primer Encuentro de Estudiantes de Derecho Laboral

	Co-organizador: Revista *Themis*
	Palabras de Apertura
	Dr. Juan Carlos Cortés Carcelén, Presidente de la SPDTSS y Dr. Jorge Toyama Miyagusuku, Presidente del Comité Organizador del Quinto Congreso Nacional
	Charla magistral, a cargo del Dr. Adrián Goldin
	Taller de alumnos
De 7:00 a 9:00 p.m.	Actividad dirigida a Participantes Titulares
Lugar:	Sala Nasca del Museo de la Nación
	Av. Javier Prado Este 2465, San Borja

Sesión Inaugural del Quinto Congreso Nacional

	Palabras del Presidente de la SPDTSS, Dr. Juan Carlos Cortés Carcelén
	Palabras del Presidente del Comité Organizador del Quinto Congreso Nacional, Dr. Jorge Toyama Miyagusuku

	Conferencia Magistral. "El Derecho del Trabajo; identificando claves para un ejercicio explicativo", por el Dr. Adrián Goldin (Argentina), Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
	Cóctel de Bienvenida

Jueves 25 de octubre

De 9:00 a.m. a 12:45 p.m.	Sesión de la mañana:
Lugar:	Salón Mediterráneo del Hotel Los Delfines
	Calle Los Eucaliptos 555, San Isidro (2° Piso)
	Primer tema: Relaciones Laborales desde lo tributario y societario
	Coordinador de Sesión: Dr. Jaime Zavala
9:00 a 10:10 a.m.	Ponencias oficiales:
	Dr. Mario Pasco L.
	Dr. Michael Vidal
10:10 a 10:30 a.m.	Invitada: Dra. Tania Quispe, Jefa de Sunat.
10:30 a 11:00 a.m.	Café intermedio
11:00 a.m. a 12:45 p.m.	Ponencias libres
De 3:30 a 7:15 p.m.	Sesión de la tarde:
	Segundo tema: Relaciones Sindicales
	Coordinador de Sesión: Dr. Javier Neves
3:30 a 4:40 p.m.	Ponencias oficiales:
	Dr. Mauro Ugaz
	Dr. Sergio Quiñones
4:40 a 5:00 p.m.	Invitada: Dra. Sylvia Cáceres, Viceministra de Trabajo
5:00 a 5:30 p.m.	Café intermedio
5:30 a 7:15 p.m.	Ponencias libres

Viernes 26 de octubre

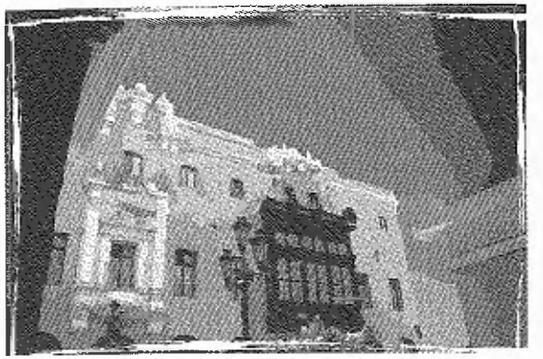
De 9:00 a.m. a 12:45 p.m.	Sesión de la mañana.
Lugar:	Salón Mediterráneo del Hotel Los Delfines
	Calle Los Eucaliptos 555, San Isidro (2do. Piso)

	Tercer tema: Juicios Orales Laborales
	Coordinador de Sesión: Dr. Víctor Ferro
9:00 a 10.10 a.m.	Ponencias oficiales:
	Dr. Carlos Quispe
	Dr. Paúl Paredes
10:10 a 10:30 a.m.	Invitado: Representante de la ETII, Dr. Roberto Acevedo Mena
10:30 a 11:00 a.m.	Café intermedio
11:00 a 12:45 p.m.	Ponencias libres
De 3:30 a 7:15 p.m.	Sesión de la tarde
	Mesa redonda: Reformas Laborales
	Coordinador: Dr. Alfonso De Los Heros
3:30 a 4:00 p.m.	Reforma Laboral española: Dr. Antonio Sempere (España)
4:00 a 5:00 p.m.	Reforma Laboral Peruana y Proyecto de LGT: Sr. Mario Huamán y Sr. Pedro Olaechea
5:00 a 5:30 p.m.	Café intermedio
5:30 a 5:45 p.m.	Conclusiones del Primer Encuentro de Estudiantes de Derecho Laboral
5:45 a 6:00 p.m.	Concurso Laboral Universitario
6:00 a 6:45 p.m.	Conferencia de clausura "Entre el Derecho y la realidad: La eficacia práctica de las normas laborales", por el Dr. Mario Garmendia (Uruguay)
6:45 a 7:00 p.m.	Palabras de Clausura a cargo del Dr. José Villena, Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.
7:00 a 7:15 p.m.	Presentación de la Orquesta Sinfonía por el Perú.



PRIMER TEMA

RELACIONES LABORALES DESDE LO TRIBUTARIO Y SOCIETARIO



PONENCIAS OFICIALES

LAS RELACIONES LABORALES DESDE LO TRIBUTARIO

Mario PASCO LIZÁRRAGA
Abogado. Miembro de la SPDTSS.
Profesor de la Universidad del Pacífico.
Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Caracteres de las disciplinas. **1.** Las partes y su interrelación. **1.1.** Las partes en el Derecho Laboral. **1.2.** Las relaciones entre las partes del Derecho Laboral; **1.3.** Las partes en el Derecho Tributario. **1.4.** Las relaciones entre las partes en el Derecho Tributario. **2.** Foco y principios del Derecho Laboral. **2.1.** Los intereses de la disciplina. **2.2.** Principios relevantes para el análisis comparativo. **2.2.1.** Principio protector. **2.2.2.** Principio de irrenunciabilidad. **2.2.3.** Principio de primacía de la realidad. **3.** Foco y principios del Derecho Tributario. **3.1.** Los intereses de la disciplina. **3.2.** Principios relevantes. **3.2.1.** El principio de legalidad. **3.2.2.** Principio de capacidad contributiva. **3.2.3.** Neutralidad. **III.** La relación laboral desde lo tributario. **1.** Principales puntos de contacto. **1.1.** Sistemas pensionarios (énfasis en el Sistema Privado). **1.2.** Seguridad Social en Salud. **1.3.** El impuesto a la renta. **1.3.1.** Deducciones sobre la renta de tercera categoría. **1.3.2.** La renta de quinta categoría. **1.3.3.** El impuesto a la renta asumido por el empleador. **2.** El difícil acercamiento de los lenguajes. **2.1.** La remuneración y la renta imponible. **2.1.1.** Las condiciones de trabajo; **2.1.2.** Libre disposición y pagos en especie; **3.** Un caso patológico: el remanente de la participación en las utilidades.

I. INTRODUCCIÓN

Casi todos quienes llevan a cabo actividad productiva, se topan en algún momento con el Derecho Laboral, sea como empleadores o como trabajadores; y son incluso más quienes tienen contacto con el Derecho Tributario, principalmente como contribuyentes.

De allí que una aproximación interdisciplinaria a esas realidades sea especialmente atractiva.

En la presente ponencia, el núcleo principal de nuestra reflexión, derivado del aspecto empírico que más ha motivado nuestro interés, consiste explorar **las diferencias de enfoque** existentes entre la disciplina laboral y la tributaria.

La finalidad es clara: como en la vida, entendiendo (y aceptando) nuestras diferencias de pensamiento es como mejor podemos comunicarnos y, eventualmente, acercarnos.

Planteamos que las distinciones principales y desencuentros provienen de las diferentes composiciones de las relaciones en las que se desenvuelven aquellas. Las diferencias aparecen de las características de las partes, pero también de la forma cómo se aproxima cada una de las dos ramas del Derecho a sus sujetos y las interrelaciones entre estos.

Luego de esa reflexión, revisaremos muy someramente algunos de los componentes más relevantes de la **tributación laboral**.

II. CARACTERES DE LAS DISCIPLINAS

La relación laboral, que es tanto la materia prima de la que nace como el escenario donde se desarrolla el Derecho Laboral, es de índole bilateral, pero con una fuerte intervención de un poderoso binomio Ley-Estado cuya intención explícita es modificar las relaciones de poder entre dichas partes.

No hay vocación en la norma de ser aséptica; tampoco aspira a que la justicia pueda estar personificada, como antaño, en una figura con ojos vendados, no porque sea imposible sino porque no se quiere: Menos podría esperarse que la norma actúe como sustituto o apoyo del mercado del trabajo, pues trata más bien de evitar lo que supondría rendirle las relaciones de trabajo subordinado.

El Derecho Laboral toma la perspectiva de un tercero que es amable con una de las partes y crítico de la otra. Siempre que se legisla la relación laboral, se está pensando que esa acción legal es necesaria para proteger a una parte de la otra. De allí que la disciplina se apoye sobre bases que conceptúan claramente a las partes, y que las ubican en posiciones encontradas, siempre en conflicto potencial o directo de intereses. Se trata, como se ha dicho ya muchas veces, de un Derecho respecto del cual las distinciones entre ramas privadas y ramas públicas no sirven. Hubo que recurrir a una nueva categoría –el *"Derecho Social"*– para entender eso de que, cual en comedia picaresca, las partes sean dos pero los interesados tres. DE BUEN concluía que "(...) el Derecho Laboral encaja en los lineamientos del Derecho social. La mayor parte de sus instituciones responden a la idea del Derecho social e intentan lograr la justicia social"[1].

(1) DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 8ª edición. Porrúa, México, 1991, p. 103.

El punto de vista, el de partida y el de llegada del Derecho Tributario son totalmente distintos. Es aquella una rama de Derecho Público, por naturaleza y vocación. La normativa tiene por objeto regular la actuación del Estado en su calidad de tal, de modo que su necesaria actividad de procurar recursos para su propio funcionamiento (y con ello para el progreso del conjunto humano) a través del *ius imperium*, resulte limitado y preserve las libertades individuales.

1. Las partes y su interrelación

De acuerdo a lo recién dicho, en una primera impresión desde la óptica del Derecho Tributario, las partes de la relación laboral serían básicamente lo mismo: administrados. Podría pensarse que es de esa igualación de partes que nacen los problemas de comunicación entre las disciplinas.

La realidad dista de esa impresión. La predeterminación de los roles que condiciona todo el Derecho Laboral tiene el mismo efecto, de modo casi automático, no premeditado, cuando el Derecho Tributario incide sobre la relación laboral. Para el Derecho Tributario el trabajador es un contribuyente, pero lo es explícitamente como parte de la relación laboral y lo es en función de una regulación que toma en cuenta esa relación y parte de sus características.

Del mismo modo, el Derecho Tributario tiene clara la posición del empleador al momento de asignarle sus roles y regularlos. Sabe que le corresponde la administración de la relación laboral, y en ese entendimiento le encarga también la gestión básica de la tributación. El empleador calcula y aplica los tributos que operan sobre el contrato, y asume la responsabilidad por ello.

Exploraremos entonces las características de las partes intervinientes en uno y otro campo, y sus relaciones, y la forma como opera cada disciplina; sus puntos de interés, sus preocupaciones, sus principios fundamentales.

1.1. Las partes en el Derecho Laboral

Son partes el empleador y el trabajador[2].

Ocuparnos de las partes supone oponerlas; porque vamos a tratar sobre la relación laboral desde la óptica del Derecho Tributario, y porque, tratándose de una relación contractual, una parte se caracteriza y define por su posición frente a la otra. El Derecho Laboral se ocupa del trabajo **personal remunerado y subordinado**. La subordinación solo puede presentarse en una relación bilateral; solo puede verificarse de una persona hacia la otra.

(2) También lo son, con no menor importancia, los sindicatos y otras organizaciones gremiales de trabajadores y empleadores, pero dado el campo en que se desarrolla nuestra ponencia, nos limitaremos a repasar las características principales de los dos primeros, que son además la base inicial y componente nuclear de los últimos.

De allí que las definiciones más autorizadas sigan esa línea con exactitud. Briceño Ruiz es directo al conceptualizar que "la definición correcta debe ser: trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un servicio personal subordinado"(3).

En nuestra legislación se utiliza una fórmula similar. En el artículo 4 de la LPCL, trabajador será la persona (excluyentemente física) que preste servicios personales, a cambio de una remuneración y estando sujeto a subordinación. Esto coincide con el concepto *técnico* jurídico que propone Montoya Melgar, según el cual se trata de "la persona física que se obliga a trabajar por cuenta y bajo dependencia ajenas a cambio de una remuneración, en virtud de un contrato de trabajo"(4).

Pero el elemento definitorio del trabajador desde la perspectiva del Derecho Laboral es su papel protagonista, como nos lo recuerda el mismo Montoya Melgar, para quien es "sin duda, la figura central del Derecho del Trabajo; su básico destinatario, en cuanto que este ordenamiento surgió, justamente, con el fin expreso de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores dependientes o 'asalariados'"(5).

Por el lado del empleador, en contraste, se observan evoluciones. El ritmo vertiginoso de las operaciones empresariales ha devenido en mutaciones de toda índole, a veces limítrofes o ilícitas, que han introducido cambios en la conceptualización de aquél como parte en la relación laboral. Tiempo atrás, cuando se hablaba del **patrón**, Briceño planteaba ya la fórmula amplia "persona física o moral que recibe el beneficio de la prestación de servicios de uno o más trabajadores"(6) para definirlo.

En tiempos ya más cercanos Alburquerque encuentra que "la palabra **empleador** se ha generalizado entre los autores latinoamericanos. Difundida inicialmente por la Organización Internacional del Trabajo, para abandonar el término tradicional de patrono"(7), y concluye que "lo que determina la calidad de empleador es la existencia de un contrato de trabajo. Al concluirse este, surgen al mismo tiempo las figuras del empleador y del trabajador. No hay que buscar otro criterio para determinar la calidad de empleador: la existencia del contrato de trabajo, es condición necesaria y, a la vez suficiente"(8).

(3) BRICEÑO RUIZ, Alberto. *Derecho individual del trabajo*. Harla S.A., de C.V., México, 1895, p. 138.
(4) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, p. 274-275.
(5) Ibídem, p. 274.
(6) Ídem.
(7) ALBURQUERQUE, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003. p. 232.
(8) Ibídem, pp. 234-235

1.2. Las relaciones entre las partes del Derecho Laboral

Como acabamos de constatar, lo que marca y define a las partes de la relación laboral es precisamente eso: su relación.

Más allá de las repercusiones frente a terceros o al Estado a raíz de la existencia del contrato, para el Derecho Laboral lo que más importa son los actos y prestaciones de una de las partes hacia la otra, y viceversa.

Su trama está conformada no tanto por lo que digan las leyes y los tratados, sino por lo que un trabajador hace por encargo de su empleador, y por lo que recibe a cambio. En palabras de Montoya Melgar, "siendo el contrato de trabajo fuente de una relación jurídica sinalagmática y onerosa, las posiciones de crédito y débito de las partes se corresponden bilateralmente: el crédito del trabajador es el débito del empresario"(9).

Alonso García recalcaba que "es claro (...) que la situación jurídica de unos y otros –empresarios y trabajadores– vendrá dada por aparecer significados aquellos y estos como titulares de un complejo mixto de derechos y deberes, en recíproca correspondencia a veces, de tal forma que la situación activa de los unos lo sea en cuanto es pasiva de los otros, y viceversa"(10), en tanto que "la relación entre empresario y trabajador, a la cual se ligan determinados efectos jurídicos, adopta, normalmente, un camino contractual de realización, que fija, en el ámbito del contrato mismo, el objeto de la relación"(11).

Las prestaciones y contraprestaciones se encuentran intervenidas por la normativa laboral, la cual, bien sea porque los trabajadores lo han logrado de modo directo mediante normativa convencional, o porque el Estado ha actuado en el plano legislativo, establece mínimos, fija límites, dirime tensiones e impone cargas, casi siempre o siempre a favor del trabajador.

La relación de trabajo es entonces un lugar espinoso, en el que conviven y coexisten dos partes, sus actos y sus voluntades, pero con la presencia constante de una fuerza externa que influye sobre tales actos y sus consecuencias, y puede influir también, qué duda cabe, sobre las voluntades.

Cuando sobre esa relación, tan firmemente terciada, operan también los actos del tercero estatal, que tiene a su vez intereses y agenda propios, como sucede en la tributación, se multiplican las potenciales complicaciones.

(9) MONTOYA MELGAR. Ob cit., p. 302.
(10) ALONSO GARCÍA, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958, pp. 180-183.
(11) Ídem.

1.3. Las partes en el Derecho Tributario

Los intervinientes típicos de la relación jurídica tributaria son también dos. A diferencia del Derecho Laboral, esas partes principales ostentan una diferencia de naturaleza, más que de características o posición contractual.

La relación jurídica tributaria ha sido definida por Villegas como "el vínculo jurídico obligacional que se entabla por el fisco como sujeto activo, que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo, y un sujeto pasivo, que está obligado a la pretensión"(12)

El sujeto activo –nos informa el mismo autor– tiene una especial naturaleza, en tanto que el mismo Estado que tiene la "(...) facultad (...) de crear unilateralmente tributos"(13), se "transforma (ya en papel de fisco) en sujeto activo de la relación jurídica tributaria principal"(14).

En lo que refiere al sujeto pasivo se han abierto más debates, lo que ha llevado a que se hable más bien de subjetividad tributaria, expresión con la que Pérez de Ayala designa "a todos los supuestos o figuras de titularidad de situaciones jurídicas pasivas subjetivas establecidas en las normas tributarias"(15). Ello, porque "resulta claro que la teoría de la subjetividad tributaria debe ampliarse para comprender (...) tanto al sujeto pasivo del tributo, como a los otros sujetos titulares de las diversas situaciones jurídicas pasivas, sustanciales e instrumentales, que surgen de la aplicación del tributo"(16)

En efecto, del lado de la parte obligada, encontramos en primer y principal lugar al contribuyente, que Villegas describe tanto como "destinatario legal tributario a quien el mandato de la norma obliga a pagar el tributo por sí mismo"(17) o simplemente que "debe pagar el tributo al fisco"(18), y que según Pérez de Ayala es "el sujeto al que la ley tributaria atribuye la titularidad del hecho imponible"(19).

Agrega este último que "además, las exigencias de operatividad y eficacia de la aplicación del tributo, llevan a definir en la ley otros titulares de situaciones jurídicas tributarias pasivas, situaciones que pueden ser sustanciales (de pagar, como las que se atribuyen al sustituto o responsable del tributo, por ejemplo) o instrumentales (deberes de hacer, situaciones de sujeción o de soportar)"(20).

(12) VILLEGAS, Héctor. *Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 211.
(13) Ibídem, p. 178
(14) Ibídem, p. 219
(15) PÉREZ DE AYALA, José Luis. *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo Segundo, Andrea, Amatucci, director. Temis. Bogotá, 2001, p. 159.
(16) Ídem.
(17) VILLEGAS. Ob. cit., p. 220.
(18) Ibídem, p. 221.
(19) PÉREZ DE AYALA. Ob. cit., pp. 160-161.
(20) Ídem.

Sucede entonces que en el Derecho Tributario no hay un único actor, sino todo un reparto, al momento de la distribución o atribución de las obligaciones.

En el CT se distingue alrededor de lo expuesto, con toda claridad, tres roles:

- Es "contribuyente" (artículo 8) "aquel que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria".
- Es "responsable" (artículo 9) "aquel que, sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a este".
- "Deudor tributario", (artículo 7) es "la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria" en cualquiera de las calidades antes expuestas (contribuyente, o responsable).
- Serán "agentes de retención o percepción" (artículo 10), quienes "por razón de su actividad, función o posición contractual estén en posibilidad de retener o percibir tributos y entregarlos al acreedor tributario", y sean designados normativamente como tales.

Cada una de estas tres categorías encuentra su función en la relación de trabajo y aparece en los supuestos tributarios alrededor de la misma.

El agente de retención puede llegar a ser **responsable**. Con Huamaní encontramos que "si el agente percibe o retiene e ingresa oportunamente al fisco el tributo, tanto el sujeto pasivo principal (contribuyente) como el agente se liberan de la obligación"(21). Sin embargo, "(...) si se omite la retención o percepción, la totalidad del tributo puede ser exigido a cualquiera de ellos (contribuyente o agente) indistintamente. En este caso, por el incumplimiento del deber del agente, la ley ha establecido que será responsable solidario con el contribuyente"(22).

Agrega el mismo actor que conforme al numeral 2 del artículo 18 del CT, si la retención o percepción se verifica, entonces "queda liberado el contribuyente (que sufrió la retención o percepción)"(23), vale decir, que retenedor o perceptor pasa a ser "responsable único" o "responsable sustituto" del pago.

1.4. Las relaciones entre las partes en el Derecho Tributario

Según Jarach se habla de "relación jurídica sustancial, por la cual el sujeto activo, Estado u otra entidad pública, tiene la pretensión y el sujeto pasivo o los sujetos pasivos, contribuyentes, la obligación de dar suma de dinero en cuanto se verifique el hecho de que la ley ha previsto"(24), siendo que "la relación jurídica tributaria

(21) Ibídem, p.184.
(22) Ibídem, pp. 184-185.
(23) Ídem.
(24) JARACH, Dino. El hecho imponible. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001. pp. 47-48.

es una relación de derecho y no es una relación de poder"[25], dado que "la teoría que sostiene la naturaleza de relación de poder se funda, consideramos, sobre una equivocación de carácter doctrinario e ideológico, (...) [que] consiste en considerar ineludible la supremacía del Estado frente a los individuos"[26]. Por el contrario, sostiene, en el Derecho Tributario por una evolución histórico-constitucional, los intereses estatales no pueden hacerse valer sino a través el instrumento de la ley"[27].

La dogmática tributaria opera sobre intervinientes que nunca podrán ser intercambiados, dado que son distintos en su esencia. Hay un particular, que es el deudor o responsable tributario, y un acreedor tributario, que es de naturaleza pública.

Esa naturaleza predeterminada y diferenciada, como en el Derecho Laboral, obliga a la normativa a adoptar una perspectiva definida, en la que el interés se coloca principalmente sobre (a) el particular, de quien se espera que cumpla sus obligaciones (y en quien, de alguna manera, se sospecha que existe vocación de incumplimiento), y (b) la administración, a quien se conoce poderosa, en quien se sospecha vocación de abuso.

Cuando la tributación incide sobre la relación de trabajo, pasan a ser importantes los vínculos entre los deudores tributarios y los agentes de retención, en tanto que ellos conforman una relación jurídica obligacional que es el escenario de su actuación tributaria, pero que está regida por una disciplina distinta, el Derecho del Trabajo.

Poco hay dicho en lo tributario sobre cómo funcionan las interrelaciones entre quienes están del mismo lado (frente al fisco) pero a su vez ocupan posturas de contraparte en sus relaciones internas.

Se puede sostener que tales relaciones no corresponden ya al Derecho Tributario, como sucede, por ejemplo, con el derecho de repetición de quien ha respondido como responsable solidario. La repetición podrá estar regida por normativa civil o, para lo que nos interesa, podrá corresponder al Derecho Laboral (si se trata de un tributo de cargo del trabajador asumido por el empleador, o viceversa).

Sin perjuicio de ello, el tratamiento de tales interrelaciones y de las situaciones resultantes tendrá características especiales, y así lo reconocerá la norma tributaria, cuando la normativa que opere sobre esas relaciones internas gire alrededor de la diferencia existente entre las partes, y tenga por objeto incidir en el desequilibrio entre ellas.

Al momento en que se conjuga la regulación tributaria con la relación laboral, se forma un triángulo por el cual el fisco, siempre desconfiado, cautela el

(25) JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1983, p. 370.
(26) Ibídem, p. 373.
(27) Ídem.

cumplimiento de las obligaciones de dos contribuyentes (el empleador y el trabajador), pero encuentra al primero de ellos actuando como agente de retención por tributos del segundo. Es un trío que toca música compuesta para un cuarteto, en que uno de los intervinientes cumple doble función. A esto se agrega todo un sistema normativo en el que ese interviniente con doble función es visto con desconfianza, en tanto que detentador de poderes que pueden dañar a su contraparte.

La doble presión sobre el empleador, tanto del Derecho Tributario como del Derecho Laboral, deriva del convencimiento de que se trata de la parte que maneja todo el aspecto administrativo, financiero y operativo de la relación contractual, y, por consiguiente, que es la que toma realmente las decisiones en materia de pagos y beneficios, motivo por el cual se le carga la responsabilidad por las mismas hacia los entes recaudadores.

Entre la normativa tributaria y el trabajador, en cambio, hay una relación difícil de caracterizar. Por contraposición a lo recién descrito, al trabajador la norma tributaria pareciera no quererle imponer mayores responsabilidades a la de sufrir el cargo económico que le corresponda; pero simultáneamente puede ser igualmente implacable –o desconfiada, según sea el caso– respecto específicamente al honramiento de ese cargo dinerario.

2. Foco y principios del Derecho Laboral

Hemos querido intentar una determinación de lo que quiere y busca el Derecho en la respectiva rama, y la comparación de las bases centrales de la misma.

Reflexionaremos entonces sobre las finalidades centrales de cada uno de los sistemas de que tratamos, y revisaremos someramente algunos principios de cada uno, para detectar diferencias y semejanzas, y entender cómo pueden incidir estas cuando una de las disciplinas (la tributaria) opere sobre el campo en el que se desenvuelve centralmente la otra (la laboral).

2.1. Los intereses de la disciplina

El Derecho del Trabajo trata de generar situaciones más equitativas entre empleador y trabajador, a través del establecimiento de protecciones y beneficios a favor de este.

No es un camino exento de sinuosidades. Hace ya más de veinte años, Aparicio Valdez describía por oposición las características del Derecho Laboral moderno: "¿Cómo era el Derecho del Trabajo antes de este periodo que llamamos moderno? Era unidireccional, progresista, paternalista, basado fundamentalmente en la acción legislativa y supuestamente capaz de causar beneficios a favor de los trabajadores, cada vez más amplios, por no decir ilimitados. Un conjunto de circunstancias ha variado substancialmente este cuadro. El empleo de nuevas tecnologías y métodos de organización del trabajo, el incremento del desempleo, las dimensiones

óptimas de la producción y la desconcentración, así como la "articulación de empresas" son algunos de estos factores"[28]

Ese cambio opera sobre métodos, no sobre finalidades. Podrá debatirse sobre las fórmulas que utilice el Derecho del Trabajo, pero la meta principal no ha variado: permanece siendo la búsqueda de modulación de las fuerzas operantes, de modo que la naturalmente dominante no tenga la posibilidad de incurrir en excesos de poder.

El debate opera usualmente en cuanto al grado de la protección del trabajador, no en cuanto a la existencia de dicha protección. Pasco Cosmópolis nos informa cómo que hemos sufrido "la tendencia a la pendulación", pero esta ha consistido en que "de una legislación hiperprotectora, el péndulo se ha inclinado luego a la flexibilización, aunque sin perder, sin embargo, su esencia garantista"[29].

La disciplina laboral tienen entonces, tras de ella, nutriéndola, la idea de que es necesario regular la relación de trabajo a fin de preservar relaciones sanas entre sus componentes sociales. Hernández Rueda aclara que "La noción jurídica del trabajo comporta también la idea de justicia social, el elemento protección humana y social del trabajador. Porque el hombre tiene necesidad de trabajar, no basta una simple reglamentación del trabajo humano, no basta la obligatoriedad de esta reglamentación ni la libertad de contratar, sino que es preciso que el derecho le proteja real y efectivamente (...)"[30].

El Derecho del Trabajo configura entonces una relación de dos partes contrapuestas, una frente a la otra, que operan bajo la luz (y sombras, se podrá debatir) de la normativa. El sentido de esa legislación es influir en esa relación, de modo tal que se mantenga razonablemente equilibrada.

A ese efecto, la legislación laboral no olvida jamás que la parte a la que protege es una persona natural, un ser humano para quien esa relación es parte sustancial de su sostenimiento directo y del de sus dependientes. No trata la ley laboral de conflictos entre patrimonios, sino, en su figura más típica, de intereses contrapuestos entre los de un patrimonio organizado (sin que esto implique desmerecerlo, ni desconocer que detrás de todo patrimonio y detrás de toda organización no hay sino personas), y los un ser humano.

De allí que el Derecho Laboral no se ocupe únicamente de cuánto se le tiene que pagar al trabajador por sus servicios, sino también, con el mismo vigor e

(28) APARICIO VALDEZ, Luis. *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. AELE. Lima, 2011, p. 121.

(29) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Medio Siglo de Legislación Laboral en el Perú". En: *Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina*. Arturo Bronstein, director. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007. p. 388.

(30) HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. "Noción jurídica del trabajo". En: *Derecho Laboral –Escritos laborales–*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Rafael Forero, coordinador. Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1990, p. 192.

idéntica convicción, de las situaciones y problemas físicos y morales que afronta el trabajador como consecuencia de su situación de tal. Cuánto y cómo trabaja, el cuidado de su dignidad, el de su intimidad, son aspectos tan importantes como los patrimoniales[31].

Esto hace una diferencia respecto de muchos otros campos de la ciencia jurídica, y ciertamente lo hace respecto del Derecho Tributario, que parte de una visión de la realidad en la que el subjetivismo o, digámoslo abiertamente, aspectos tan humanos como los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y recuerdos, los acomodos y las rabias de las partes, poco tienen que ver. Podetti lo dice mucho mejor que nosotros: "(...) el derecho del trabajo, tras una evolución por demás conocida, ve a la relación contractual de trabajo como la única 'de carácter patrimonial que implica de modo directo a la persona, la personalidad y la libertad misma del trabajador, en tanto que deudor de trabajo' (Villa, Luis Enrique de la, y otros). Consiguientemente, cabe postular en el Derecho del Trabajo, como principio nuclear –en el alcance de primordial y centralizador–, al de la centralidad de la persona del trabajador"[32].

Las diferencias que hemos venido encontrando, en la naturaleza de las partes pero también, principalmente, en las relaciones entre ellas y sus ubicaciones, llevan a que las disciplinas de las que nos ocupamos partan, utilicen y recurran a principios también distintos.

2.2. Principios relevantes para el análisis comparativo

El núcleo del Derecho del Trabajo, con más énfasis que en muchos otros terrenos jurídicos, está representado en sus principios.

Los laboralistas creemos en los principios del Derecho Laboral porque los hemos visto actuar, porque no son una simple herramienta o constatación científica, sino que son el Derecho Laboral vivo.

En el repaso del elenco de principios que hemos efectuado sobresalen los que repasaremos a continuación, bien sea porque representan a la perfección la identidad antes descrita o porque contrastan con los que, posteriormente, visitaremos en el campo tributario.

Nos hemos centrado el principio protector y el de irrenunciabilidad, por el primero de los motivos recién listados y por la importancia del segundo respecto

(31) No son pocos los casos de establecimiento de derechos respecto de los cuales no es válida la compensación dineraria; a modo de ejemplo, el tiempo de refrigerio, respecto del cual el Decreto Legislativo N° 892 no prevé mayor espacio para su compensación, o la hora de lactancia materna establecida por Ley N° 27240, cuyo artículo 1.3 determina a la letra que el derecho "no podrá ser compensado ni sustituido por ningún beneficio"

(32) PODETTI, Humberto A. "Los principios del Derecho del Trabajo". En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y la seguridad social*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1997, pp. 145-147.

de pactos que podrían tener repercusión directa sobre lo remunerativo (y en consecuencia sobre lo fiscal), así como en el principio de primacía de la realidad, dada su especial importancia comparativa en relación con aspectos recientemente reformados en el Derecho Tributario nacional.

2.2.1. Principio protector

Este es un principio que se tiene que incluir en cualquier reflexión relativa al Derecho Laboral, por constituir y casi equivaler a su esencia.

No se puede pensar distinto luego de la simple revisión del significado sentado hace ya casi 40 años por Plá Rordrígez, el cual permanece tan vigente como cuando lo expuso: "El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece ser asegurar la paridad jurídica de los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes"(33).

No se trata de un rasgo descriptivo, o de una característica. Entre el principio protector y el Derecho Laboral hay identidad, en tanto que no es posible pensar en uno sin que esté presente el otro. Pasco Cosmópolis desarrolla al tiempo que redondea la definición: "Sin menoscabo de la idea teleológica de que todos los principios tienen idéntica jerarquía axiológica, hay aceptación pacífica de que, de todos ellos, el que destaca como principio supremo es el tuitivo o de protección del trabajador"(34).

¿Cómo no contrastar al principio protector con las visiones de otras áreas jurídicas, la tributaria incluida? Ciertamente, la idea de un sistema jurídico que se trate distinto a las partes no es la regla en el campo privado. Lo es, en alguna medida, en el Derecho Público, como hemos ya visto, pero la desigualdad no se plantea en ese ámbito entre los particulares, sino entre la Administración y todos los particulares, no tanto tratándose de estos entre sí.

Ello no obstante, como encontraremos más adelante, la presencia del principio protector en la pauta laboralista es tan fuerte, que termina siendo reconocida y de alguna manera acatada por otras disciplinas como la tributaria.

No llama esto la atención, si se toma en cuenta que el origen del principio protector no está (o por lo menos no está únicamente) en la conquista social

(33) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1998. p. 61.

(34) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Grijley, Lima, 2009. pp. 6-7.

de los trabajadores, o en la voluntad de los legisladores, sino que tiene una sólida base en la lógica y equidad más mínimas. Palomeque lo describe de modo tan directo como contundente: "Con todo, la diferencia normativa puede venir exigida incluso, paradójicamente, por la aplicación estricta del principio de igualdad ante la ley como 'instrumento ineludible para su debida efectividad' con el fin de 'contribuir al restablecimiento o la promoción de la igualdad real' (STC 3/1983)"(35).

Pero en el Derecho Laboral, nos resulta evidente, nos vamos más allá del simple reconocimiento o venia que pueda recogerse en otros ámbitos. Así la norma tributaria sepa que en la relación laboral debe protegerse a la parte débil, llegado el caso no se verá constreñida por dicha necesidad para inclinarse por una salida distinta a la que le ordene su propia dogmática.

2.2.2. Principio de irrenunciabilidad

Elevado al máximo nivel de potencia jurídica, la irrenunciabilidad es recogida por el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución. Ferro Delgado condensa la fórmula doctrinaria en "la ineficacia de la privación voluntaria por el trabajador de derechos laborales reconocidos a nivel legal o convencional"(36), y explica que "(...) carecería de eficacia que la legislación reconociera un conjunto de beneficios destinados a atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador, y simultáneamente se reconociese a este capacidad para renunciar o disponer de tales derechos. Es claro que en razón de su mayor poder de negociación, el empleador podría imponer como requisito para la obtención del empleo o para alcanzar mejoras en el mismo, que el trabajador se prive voluntariamente de los derechos consagrados por la ley o el convenio colectivo"(37). En similar sentido, Cárdenas Terry lo califica de "pilar fundamental del sistema construido por el derecho laboral con la finalidad de garantizar una adecuada protección a los trabajadores, motivada por la desigualdad estructural existente en la relación que se entable entre aquellos y quienes se benefician con su fuerza de trabajo"(38).

Concordamos en la importancia de la existencia del principio, garante de que el Derecho del Trabajo exista no solo en el sistema jurídico, sino también en

(35) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Luis Enrique De la Villa Gil y Lourdes López Cumbre, directores. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999. p. 19.

(36) FERRO DELGADO, Víctor. "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Carlos Blancas Bustamante, Guillermo Boza Pro, Fernando García Granara (Comité editor). 2ª edición, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, Segunda edición. Lima, 2009, p. 157.

(37) Ibídem, p. 158.

(38) CÁRDENAS TERRY, Ernesto. "El principio de irrenunciabilidad de derechos y su (incorrecta) aplicación en la jurisprudencia laboral". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Grijley, Lima, 2009, p. 157.

la realidad de las relaciones laborales físicas. Es un pilar al que el laboralismo –sin que esto sea una redundancia– simplemente no podría renunciar.

Sin perjuicio de ello, tenemos que reconocer también que en el ámbito en el que estamos manejándonos, aparecen supuestos en los que se podrían presentar cuestionamientos hipotéticos a la aplicación del principio. Como veremos con mayor detalle más adelante, en el contrato de trabajo los asuntos tributarios del trabajador son gestionados por el empleador. El trabajador no decide cómo paga los impuestos o las contribuciones sociales. Todo recae sobre el empleador.

Simultáneamente encontramos que, tratándose de aportaciones pensionarias, los peruanos, incluyendo los trabajadores, tenemos una actitud poco inclinada a, precisamente, aportar. Baste constatar que en el Sistema Privado de Pensiones tan solo el 4.8% de los afiliados son independientes[39], y que entre los afiliados, el índice de cotización a marzo de 2012 estaba en el 43.5%[40].

Es claro que la mera reluctancia no explica la totalidad de estas cifras, pero tiene que aceptarse que, en general, si el trabajador no es afiliado obligatoriamente, y si los aportes no se le fuerzan, normalmente no los hará.

No son infrecuentes, en este contexto, los de trabajadores que plantean la adopción de fórmulas que reduzcan sus aportes, afectando su pensión futura o la ayuda que les corresponderá en caso de siniestro, pero percibiendo un mayor ingreso líquido inmediato.

Para el empleador, aceptar el pedido puede no generarle beneficio alguno, y obedecer a haber accedido a un pedido consciente del trabajador.

Sin embargo, la consecuencia económica del incumplimiento, una vez constatado, le corresponderá al empleador. Esto, por el carácter imperativo de la normativa tributaria, pero también, en lo que a las relaciones internas con el trabajador y atribución de las consecuencias de la decisión respecta, por operar en forma combinada el principio de irrenunciabilidad.

Nos encontraremos en un supuesto de aplicación del principio de irrenunciabilidad extraño, en el que no ha protegido propiamente al trabajador del empleador, como es lo típico, sino que lo habrá mantenido indemne de su propia decisión, adoptada por él mismo, plena y realmente voluntaria.

(39) Hasta dentro de muy poco tiempo, los independientes están en libertad de afiliarse o no a un sistema pensionario.

(40) Ambas cifras han sido tomadas de "Evolución del Sistema Privado de Pensiones". Documento informativo emitido por la Superintendencia de Banca y Seguros al que se puede acceder en <http://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=34#)>.

2.2.3. Principio de primacía de la realidad

Para reseñar el principio de primacía de la realidad retornamos a la definición clásica de Plá: "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"[41].

En su plasmación más distintiva[42], este principio tiene que aceptarse como cercano al de irrenunciabilidad. Cuando las partes denominan contrato civil a un contrato de trabajo, cabría atribuir los efectos laborales a que el trabajador no puede renunciar, una vez verificados los caracteres de la relación laboral, a que se acepte celebrado un contrato de trabajo. En esa misma plasmación característica, Romero Montes recalca "el carácter tuitivo de esa realidad que tiene que ser impuesta por tener un carácter irrenunciable"[43].

Esto no significa que no tenga espacio e identidad propios. A pesar de su cercanía con los otros dos principios mencionados, resultaría impensable desterrarlo de la dogmática laboral.

Nos ha llamado la atención por dos motivos. En primer lugar, porque uno de los ámbitos en que más se presentan discusiones acerca de la verdad de los documentos expedidos por las partes, es el de las contraprestaciones y beneficios, lo que tendrá directa incidencia sobre el campo fiscal.

En segundo lugar, es importante porque el Derecho Tributario ha explorado por su lado mecanismos muy similares. Plá Rordríguez cita a García Mullín: "El Derecho Tributario posee elementos que le permiten un análisis realista del negocio indirecto, pasando por encima de lo que las partes hayan simulado, o hayan estructurado y determinante del negocio (*Impuesto a las herencias*. Montevideo. 1969, p. 41)"[44].

García Granara informa por su parte, en lo que resulta más concreto para nuestra realidad, que "el Tribunal Fiscal ha venido aplicando en su análisis la identificación de los elementos del contrato de trabajo a través del principio de primacía de la realidad"[45], y cita a Cortés Carcelén en la precisión de que dicha aplicación se ha dado a través de resoluciones que "han analizado la diferencia entre el

(41) PLÁ RODRIGUEZ. Ob. cit., p. 243.

(42) Aunque no única, pues el campo de acción de la primacía de la realidad es tan amplio como esta última. La gama llega a alcanzar supuestos de simulación absoluta, en los que no saldrá en auxilio de quien alega la existencia de la relación laboral, sino lo contrario.

(43) ROMERO MONTES, Javier. "El principio de veracidad o primacía de la realidad. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. p. 157.

(44) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 337 - c.545.

(45) GARCÍA GRANARA, Fernando. "La primacía de la realidad en la inspección del trabajo". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. pp. 549-550.

contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios, la definición del contrato de trabajo, sus elementos, así como el reconocimiento del principio de primacía de la realidad y las pruebas aportadas"[46].

De hecho, el Derecho Tributario peruano atraviesa uno de sus debates más trascendentes, alrededor de la incorporación de Norma XVI al Título Preliminar del CT. Esta nueva norma desprende la elusión de la (ya controversial) Norma Octava[47], y la amplía y supera. Lo preocupante es que, a diferencia de lo que ocurre en el principio laboral, donde la verdad que se hará primar es determinada por la autoridad tutelar, en lo tributario la determinación es efectuada por la administración, la misma beneficiaria del cuestionamiento.

Como sea, el progresivo abandono de las fórmulas, las formas y las declaraciones, y la adopción de la búsqueda de lo que verdaderamente sucede en el mundo, es entonces una dinámica no exclusiva del Derecho del Trabajo.

3. Foco y principios del Derecho Tributario

En forma análoga a lo que hemos hecho con el Derecho Laboral, exploraremos –en forma epidérmica– algunas características que identifican al Derecho Tributario, principalmente desde la óptica de lo que esta disciplina espera obtener en su calidad de rama de un sistema jurídico.

3.1. Los intereses de la disciplina

Como ya hemos mencionado, nuestra intención es acercarnos, desde nuestra condición de interesados en la ley laboral, a cómo piensan quienes se dedican a investigar, entender y aplicar la ley tributaria.

De allí que nos resulte importante, intentar detectar algunos aspectos centrales de la disciplina tributaria, básicamente sus finalidades centrales.

Si cuando nos asomamos al Derecho del Trabajo encontramos una disciplina protectora, respecto de lo tributario nos explica Villegas, tratando sobre su parte general, que esta es "la parte teóricamente más importante, porque en ella están contenidos aquellos principios de los cuales no se puede prescindir en los Estados de derecho para lograr que la coacción que significa el tributo esté regulada de forma tal que imposibilite la arbitrariedad"[48]. Nos da también respuesta al presente

(46) Ibídem, p. 550.
(47) Que contemplaba la fórmula "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios".
(48) VILLEGAS. Ob. cit., p. 137.

apartado: "se busca, al igual que en las otras ramas del Derecho Público, el equilibrio razonable entre el individuo y el Estado"[49].

En la búsqueda de ese equilibrio, parte importante tiene que ser el establecimiento de mecanismos que limiten los poderes de la Administración. Ello supone que haya interés en el Derecho Tributario de proteger al particular (contribuyente) frente al Estado (acreedor tributario).

Pero ese interés no es sino mecanismo para lograr otro fin jurídico que prevalece, lo que introduce una distinción irremediable en cualquier comparación con lo laboral. El Derecho Tributario no tiene por finalidad proteger al contribuyente, sino lograr una tributación razonable y balanceada, es decir, instrumentar que los ciudadanos paguemos tributos. Gago rescata que a todos nos toca un "deber de solidaridad según nuestras facultades por la única razón de que formamos parte del Estado"[50]. Luque Bustamante agrega: "(...) todos los aspectos relacionados con la tributación (...) deben tener en su médula el respeto a los derechos humanos"[51] pero luego retorna a que "(...) la tributación tiene relación no solo con los derechos humanos de los contribuyentes, sino con los derechos humanos de la colectividad toda; (...) el individuo tiene el derecho de exigir que en la imposición de tributos se respeten sus derechos humanos, pero también la obligación de pagarlos a fin de que el Estado cuente con los recursos necesarios para promover los derechos humanos de sus compatriotas"[52].

3.2. Principios relevantes

Listados de principios para el Derecho Tributario hay muchos. No siendo objeto directo de esta ponencia, nos estamos limitando a una somera revisión de los que más relevancia adquieren para que se examine la relación laboral desde la perspectiva del Derecho Tributario.

LANDA presenta los directamente recogidos en nuestra Constitución: legalidad y reserva de la ley tributaria; de igualdad; de respeto a los derechos fundamentales; de interdicción de confiscatoriedad; de generalidad; de capacidad contributiva[53]. No muy lejos, a pesar de la distancia en tiempo y espacio, Villegas desarrollaba los de legalidad o reserva; control jurisdiccional; capacidad contributiva; generalidad; igualdad; proporcionalidad; no confiscatoriedad; libertad de circulación

(49) Ídem.
(50) GAGO, Maribel. "Los sujetos pasivos de la obligación tributaria". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII, N° 14. Normas Legales. Lima, enero - marzo 1998. p. 221.
(51) LUQUE BUSTAMANTE, Javier. "Algunas reflexiones sobre las relaciones entre los derechos humanos y la tributación". En: *Primeras Jornadas internacionales de tributación y derechos humanos*. Asociación internacional de tributación y derechos humanos. Lima, 1990. pp. 49-50.
(52) Ibídem, p. 50.
(53) LANDA ARROYO, César. "Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional". En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller, Palestra Editores, Lima, 2006.

territorial[54]. Jarach agrega los de equidad, economía, neutralidad, comodidad en el pago de impuestos; el de evitar la aplicación de impuestos sobre las actividades que se inician; el de productividad; el de discriminación entre rentas ganadas y no ganadas[55].

Rescatamos los de legalidad y capacidad contributiva, por su importancia para nuestra disciplina, pero daremos también una breve mirada al descrito como de **transparencia**, y nos referiremos a la regla de la realidad económica.

3.2.1. El principio de legalidad

Si hubiera que designar un principio como el central a la tributación, tendría que empezarse por este. No hay autor que no lo considere, y muy pocos que no lo pongan en primer lugar.

Con Villegas encontramos su significado: "no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca ("nullum tributum sine lege") (...) / la creación percepción de tributos está dentro de las materias reservadas a la ley"[56]. En su origen, nos informa Jarach, está "(...) el pensamiento económico liberal que considera el impuesto como una restricción del derecho de propiedad y el pensamiento jurídico-político contractualista, que exige el consentimiento del pueblo, a través de sus representantes para la validez de los impuestos"[57]. Su campo de aplicación es amplio: "La propia planificación económica que comprende la política fiscal, debe surgir de una ley y sus correcciones también deben ser el fruto del consenso general"[58].

Pensamos que la caracterización tan marcada del Derecho Tributario a través de este principio obedece a la necesaria legitimación de los tributos. Se paga impuestos porque la sociedad, o sea nosotros mismos, definimos esa necesidad. Cae por su propio peso que se requiera, a efectos de constatar esa decisión y legitimidad, la formalidad de la normativa de primer rango.

En el Derecho Laboral no hay instituto análogo. Por el contrario, estamos cómodos con un sistema de jerarquía de normas subvertido. De allí que puedan suscitarse desencuentros alrededor de la aplicación de reglas como la condición más beneficiosa o la norma más favorable, las cuales definirán la situación contractual pero difícilmente podrán saltar la valla interdisciplinaria.

(54) VILLEGAS, Ob. cit., p. 211.
(55) JARACH. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. p. 370.
(56) VILLEGAS. Ob. cit., p. 182.
(57) JARACH. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Ob. cit., p. 299.
(58) Ibídem, p. 301.

3.2.2. Principio de capacidad contributiva

Este principio no ha sido recogido explícitamente en nuestra Constitución, pero está implícito en ella, nos informa Fernández Cartagena basándose en "(...) dos consideraciones fundamentales: (i) la capacidad contributiva es un principio basado en la dignidad del hombre y el Estado Democrático de Derecho, y (...) es el principio tributario por antonomasia, base de la cual derivan los demás principios consagrados por nuestra Constitución"[59]. Coincide con Villegas, quien planteaba que "es la base fundamental de donde parten las garantías materiales que la Constitución otorga a los habitantes, tales como generalidad, igualdad, proporcionalidad y no confiscatoriedad[60]".

Tomaremos la definición del mismo Fernández Cartagena para quien la capacidad contributiva es "la idoneidad de un sujeto para hacer frente a las cargas tributarias, expresada en diversas manifestaciones de riqueza", y quien, al considerarla al nivel de importancia indicado en el párrafo que precede, le otorga "una doble función, cuando menos", en tanto que debiera actuar como "límite a la imposición de tributos" y constituirse en un "derecho subjetivo en cabeza de los contribuyentes, de manera que ante su inobservancia por parte del legislador, el contribuyente podrá acudir a los tribunales y exigir tutela"[61].

Huamaní concuerda en lo expuesto al inicio, pues plantea también que "para que el principio de capacidad contributiva como principio tributario sea exigible, no es indispensable que se encuentre expresamente consagrado en el artículo 74 de la Constitución pues su fundamento y rango constitucional es implícito en la medida que constituye la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe en mayor o en menor medida, contribuir a financiar el gasto público"[62]. Villegas completa el razonamiento ratificado: "la capacidad contributiva es el límite material en cuanto al contenido de la noma tributaria, garantizando su justicia y razonabilidad"[63].

Tenemos que relievar que en la relación de trabajo opera una parte respecto de quien el sistema jurídico reconoce una situación especial, cual es el trabajador en su calidad de persona siempre física (y dependiente, normalmente, del ingreso que le procura el contrato). Mal podría la normativa tributaria ignorarlo al abordar el contrato de trabajo. La capacidad contributiva, tratándose de trabajadores, es elemento central para la razonabilidad de la carga tributaria.

(59) FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio. "La capacidad contributiva". En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller. Palestra Editores, Lima, 2006, p. 173.
(60) VILLEGAS. Ob. cit., p. 186
(61) FERNÁNDEZ CARTAGENA. Ob. cit., p. 171.
(62) HUAMANI CUEVA. Ob. cit., p. 43.
(63) VILLEGAS. Ob cit., p. 184.

En materia de impuestos, se encuentra claramente recogida por los artículos 46° de la LIR, que establece una deducción de 7 UIT sobre las rentas derivadas del trabajo personal (de cuarta y quinta categorías), la cual en la práctica crea una especie de mínimo no imponible, y 53, que determina tasas escalonadas para el mismo impuesto.

La aplicación de este principio sobre las contribuciones no es pacífica. Huamaní plantea que "a diferencia de los impuestos, las tasas y contribuciones, son tributos cuya motivación de pago, no se fundamenta en la constatación de una determinada capacidad contributiva, sino como consecuencia de la prestación de un servicio público divisible por parte del Estado en beneficio del contribuyente. La diferencia en estas categorías se sustenta en la vinculación a una actividad estatal que motive la imposición y en consideraciones tales como la divisibilidad del servicio que se financia"(64).

Sin negar validez al razonamiento, encontramos que en la seguridad social este principio, sin necesidad de ser esgrimido, encontrará espacio a través de formas propias como el principio de solidaridad.

Como sea, es evidente que, siendo este uno de los principios tributarios de índole más **social**, será acogido por entusiasmo por el campo laboral.

3.2.3. Neutralidad

Nos apartamos de los principios centrales de la dogmática tributaria para mencionar uno de menor difusión, que ciertamente no está recogido expresamente en nuestra Constitución.

El de **neutralidad** nos es referido por Jarach, para quien consiste en que el impuesto (y en general el tributo, pensaríamos) "debe dejar inalteradas todas las condiciones del mercado o no provocar distorsiones de la oferta, de la demanda y de los precios, no solo en las transacciones de bienes gravados, sino de todos los bienes y servicios"(65).

Muy atacado desde la perspectiva de la capacidad contributiva, el autor agrega que el principio ha sufrido alguna **corrección**, pues ya no se plantea que el impuesto no provoque distorsiones en el mercado, "sino que el impuesto no debe provocar en el mercado otras modificaciones que las intencionales, en relación con los fines de la política fiscal para los cuales ha sido elegido"(66).

Ciertamente, la normativa laboral y la tributaria que opera sobre la relación laboral interviene y modifica de modo radical el **mercado de trabajo**, vale decir la

(64) Ídem.
(65) JARACH. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Ob. cit., p. 305.
(66) Ídem.

relación entre oferta y demanda de servicios personales y subordinados, y los precios y costos de tales servicios.

Pero, y en esto se origina esta mención, pensamos que tanto la normativa laboral como la tributaria debieran tener como característica el no influir en el mercado **no laboral**. Las normas laborales no tendrían que generar cambios en cómo compitan las empresas entre sí, es decir, "dejar inalteradas las condiciones del mercado" entre ellas.

Naturalmente, habrán excepciones en la normativa especial sectorial, o casos como el trabajo agrario, o la micro y pequeña empresa.

III. LA RELACIÓN LABORAL DESDE LO TRIBUTARIO

Esta segunda parte de nuestra ponencia aborda algunos puntos de contacto entre el Derecho Tributario y el Laboral. No pretendemos ingresar a un examen exhaustivo de los tributos ni de las instituciones laborales sobre las cuales incidiremos. Nuestra intención es sentar la base para facilitar la reflexión individual del lector en cuanto a los mismos.

Por ello, nos estamos centrando únicamente en los tributos que con mayor intensidad operan sobre la relación laboral: el impuesto a la renta (del empleador y del trabajador) y las contribuciones a la seguridad social, enfocándonos en este segundo caso, por constituir situaciones novedosas y que provocan desajustes, en los sistemas que tienen un componente privado.

1. Principales puntos de contacto

En línea con lo recién dicho, trataremos uno a uno, los tres tributos (o **para tributos**) que influyen centralmente sobre el contrato de trabajo. Dejamos fuera otros cuya importancia no soslayamos, pero que no ofrecen ni casuística ni impactos comparables (tales como las contribuciones a Senati, Sencico o Conafovicer, sistemas sectoriales y similares), así como los aspectos instrumentales de la tributación.

1.1. Sistemas pensionarios (énfasis en el Sistema Privado)

La norma II del CT distingue dentro del término genérico tributo, entre: a) Impuesto: el que no origina contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado; b) Contribución: que tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, y c) Tasa: cuyo hecho generador es la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

Las contribuciones a los sistemas pensionarios de la seguridad social se habían considerado siempre, como su nombre lo indica, en la segunda de dichas

modalidades. Contra el pago que efectúa el asegurado, ingresa a un sistema que le genera beneficios derivados de actividades estatales. Esa definición calza en los aportes al Sistema Nacional de Pensiones administrado por la ONP, lo confirma la décimo sétima Disposición Complementaria del CT.

A diferencia de ello, cuando, en 1992 y luego en 1994, se emitieron las normas que crearon el Sistema Privado de Pensiones, se abrieron discusiones respecto a la naturaleza del sistema, estando a su método de capitalización individual. Gonzales Hunt es categórico al plantear que "resulta por demás evidente que el Privado de Pensiones al carecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptuado como un sistema de seguridad social"(67). Pasco Cosmópolis agrega que "los sistemas privados no son seguridad social, pero ello no los afecta ni mucho menos los desacredita"(68).

También se ha debatido el carácter de los pagos, dado que no hay intervención estatal en su recaudación, administración, manejo ni pago como retorno al afiliado. De hecho, no se nombra los pagos del afiliado como **contribuciones**, sino que se prefiere el término más preciso **aportes**. Se los ha presentado como pagos correspondientes a la **parafiscalidad**, definida por Ataliba como "atribución por la ley, de capacidad para ser sujetos activos de tributos, que recaudan en beneficio de sus propias finalidades, personas distintas al Estado", agregando luego sin embargo que "la designación contribución parafiscal no quita a un tributo su carácter tributario"(69).

A esto último agregamos que para nuestro Tribunal Constitucional: "El sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos, sigue siendo el mismo tipo de prestación"(70). Con ello, los aportes pensionarios, incluso los del Sistema Privado de Pensiones, continúan siendo contribuciones.

La reciente Ley N° 29903 modifica la situación sobre la cual se planteaban las discusiones, al determinar la posibilidad de que se encargue la Sunat los "procesos operativos" de recaudación y cobranza, en cuyo caso serán de aplicación una larga lista de normas del CT.

Toda esa discusión es síntoma de que el sistema privado de pensiones se construye sobre un terreno en el que se entrelazan y confunden el Derecho Laboral, la

(67) GONZALES HUNT, César. "La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro del sistema de seguridad social en pensiones". En: *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional.* Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006, p. 899.

(68) PASCO COSMÓPOLIS. "¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?". En: *Revista Jurídica del Perú.* Año XLVIII, N° 14. Normas Legales, Lima, enero-marzo 1998, p. 233.

(69) ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria.* Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987, p. 215.

(70) STC en el Exp. N° 02361-2011-PA/TC, en los seguidos por Ana Tores Martínez. Puede consultarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02361-2011-AA.html>.

seguridad social y el Derecho Tributario, y que es también campo fértil para desencuentros entre partes, pues los intereses de los intervinientes operan en órbitas distintas.

Muchos de esos desencuentros, y los más caracterizados para los efectos que nos ocupan, se presentan respecto de la recaudación de los aportes.

Como punto de partida para revisar el punto, retomamos nuevamente la figura del triángulo formado entre el recaudador (la AFP), el retenedor (el empleador) y el contribuyente/afiliado (el trabajador). Lo primero aparecerá serán los focos de tensión naturales entre esos tres intervinientes: cobranzas de aportes originados en errores o incumplimientos del empleador.

Pero conforme nos adentramos nos topamos con que los intereses de las partes no son tan simples. El sistema configura un mecanismo de ahorro forzoso: el trabajador está obligado a aportar más de la décima parte de su ingreso, pero no verá mejoramiento (directo, líquido, tangible) de su situación sino de modo expectaticio o de cobertura de riesgos, hasta que alcance la edad de jubilación, tras 45 años o más.

En un país en que las mayorías perciben remuneraciones cercanas o debajo del punto de subsistencia, los trabajadores, si se les diera a optar, lo harían abrumadoramente a favor de cobrar el líquido completo, y preocuparse por la vejez cuando ella llegue. Pero el sistema es obligatorio. La voluntad del trabajador no es un factor relevante para los aportes (únicamente lo es respecto de su monto exacto, a través de la elección de la AFP).

Si tuviéramos que caracterizar el porqué de dicha obligatoriedad, tendríamos que aceptar que ella deriva, en primer lugar, del mandato contenido en el artículo 10° constitucional, que obliga al Estado a reconocer "el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social". Aunque resulte paradójico, si el sistema de seguridad social está basado en aportes, como sucede en nuestro país, el derecho del individuo se plasma en que se le obligue a detraer parte de su ingreso para cubrir la contingencia **vejez**. Es un peculiar caso en el que el disfrute del derecho se siente más bien como padecimiento del mismo.

El trabajador, que es el beneficiario de las retenciones de aportes, aprovechará cualquier oportunidad para que no se le hagan. El empleador, en el terreno teórico, no tiene interés directo en el asunto, pero en la práctica toda empresa tiene muy presente lo que acabamos de describir. El empleador sabe que si genera un ingreso líquido mejorado al trabajador, aunque le genere perjuicios sobre su expectativa jubilatoria, este lo va a preferir.

La AFP afronta también situaciones ambivalentes. En principio, tendría que seguir de modo muy cercano la cobranza de las aportaciones, y verificar estrictamente porque estas se calculen correctamente. Su motivación es más directa y concreta

que la de la administración tributaria, en tanto que de lo que recaude devengará directamente su ganancia, que es su razón de ser.

Pero si una AFP adoptara una posición agresiva, terminaría generando no solo un costo extra para la empresa (en recargos e intereses moratorios) sino también un desajuste al trabajador, que es el aportante. Esa política podría tener repercusiones negativas en su relación con el afiliado.

Hipotéticamente, ello puede devenir en que para la AFP exista un incentivo doble para preferir la cobranza de deudas muy antiguas sobre las recientes. Porque se habrá generado intereses en montos altísimos, dado que altísimas son las tasas aplicables, y porque la probabilidad de que se afecte al afiliado, que pasado el tiempo puede ser ya un ex trabajador, se ve reducida.

A todo ello abunda el que la definición de la remuneración asegurable sea restrictiva. El artículo 30 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones remite al concepto tributario de renta, y excluye de modo incontestable la remuneración en especie. Reglamentariamente se excluye todos los conceptos no remunerativos y, además, todas las gratificaciones "extraordinarias", definidas como las otorgadas con una periodicidad mayor a la semestral. Se exceptúa de aporte también a gratuidades que ordinariamente sí se considerarían remuneración.

A todo ello han abundado nuestros legisladores, quienes sin mayor examen técnico borraron los aportes sobre las gratificaciones legales, mediante Ley N° 29351. La norma rige hasta el 31 de diciembre de 2014, pero sabemos que será difícil recrear los aportes cinco años después de que los trabajadores se hayan habituado a cobrar gratificaciones **netas**.

Ello no obstante, el sistema sigue el esquema tradicional, ya comentado, de hacer recaer en el retenedor (el empleador) la responsabilidad del pago correcto del aporte. Si el empresario afecta la pensión futura para privilegiar el neto presente del trabajador sin contar con sustento sólido, afrontará consecuencias negativas, sin mayor posibilidad de trasladar el daño.

1.2. Seguridad social en salud

De modo similar a lo sucedido con las pensiones, la seguridad social en salud atravesó una reforma durante la década pasada. La Ley N° 26790 permitió que parte de los aportes del empleador sea derivado a entidades privadas, las cuales a su vez asumen una porción de las atenciones de salud comprometidas por el sistema.

Cuando el empleador, por instrucción de los trabajadores (quienes llevan a cabo una elección universal), contrata un **plan de salud** con una EPS, puede utilizarlo como crédito contra sus propios aportes a EsSalud, hasta por una cuarta parte de los mismos, o sea hasta el 2.25% de su planilla (el aporte a EsSalud, a cargo del

empleador, asciende al 9% de la remuneración), con un tope de 10% de una UIT multiplicado por el número de trabajadores afiliados.

Es frecuente que el plan de salud elegido por los trabajadores cueste más que la porción del aporte a EsSalud que se cubrirá con el crédito. Para la cobertura de ese mayor costo tan solo existen tres posibilidades: (a) que lo pague el trabajador, (b) que lo pague el empleador, o (c) que lo paguen ambos. No hay una regla al respecto, por lo que la solución depende del interés de cada uno en la implantación del sistema y el acuerdo a que puedan llegar.

No parece que ese pago pueda ser calificado como contribución. No porque efectúe a favor de entidades que no son de Derecho Público, sino dado su carácter no obligatorio. Los trabajadores, en efecto, pueden desafiliarse a voluntad de las EPS, y mantener su cobertura exclusivamente con EsSalud.

Concluimos entonces en que los pagos efectuados a la EPS no tienen calidad de tributos, calidad que sí corresponde, más allá de toda duda, a las contribuciones a EsSalud que efectúa el empleador, las cuales se entiende le reportan beneficios al eximirlo de los riesgos de salud de sus trabajadores (salvo negligencia o dolo) y generar menores tasas de ausentismo.

Ahora bien, aunque no sea un tributo, en lo laboral se produce un escenario interesante, pues debe determinarse si el crédito debe ser atribuido de modo individual a cada trabajador, (según su remuneración), o si se debe hacer en montos iguales para todos los trabajadores. Esta determinación tendrá un efecto concreto cuando parte del diferencial de costo sobre lo cubierto por el crédito tenga que ser cubierto por el trabajador, pues los planes de salud no se cotizan en base a un porcentaje de la remuneración, sino a montos fijos. El plan de salud de dos trabajadores con las mismas cargas de familia costará usualmente la misma cifra total. Si se atribuyera a cada uno la proporción de crédito con base en su remuneración, por simple aritmética restaría pagar menos al trabajador mejor remunerado.

A pesar de que no se encuentra recogido en la norma, se acepta en general y pacíficamente que ello no es así. La atribución del crédito debe efectuarse sobre la base de su división simple, pues se trata de montos cuyo destino natural sería la seguridad social, que no son generados individualmente por cada trabajador sino una carga proveniente de todos los contratos en conjunto.

Mas en el terreno laboral, cuando empleador asume el costo del plan de salud en proporciones superiores al simple traslado del crédito obtenido, se configura un beneficio para los trabajadores, el cual podrá establecerse convencionalmente (de modo individual o colectivo) o unilateralmente, lo que a su vez puede suponer que se genere **costumbre**.

La naturaleza variable de los costos de la cobertura privada hace que puedan generarse discusiones en caso que aquella no haya sido establecido claramente, vale decir, si no se ha pactado o estipulado los alcances de la ayuda, tanto en cuanto a si la misma se genera en monto fijo, o en montos variables o en proporción de los aportes, como en cuanto a su vocación de permanencia en el tiempo.

1.3. El impuesto a la renta

Este, el tributo más **interesante**, tiene una doble vertiente sobre la relación laboral, que proviene de la condición de contribuyentes de ambas partes.

De un lado está el empresario, cuyas rentas usualmente corresponden a la tercera categoría, del otro el trabajador, que tributa conforme a la quinta categoría. No se trata de dos caras de la misma moneda, pues los supuestos son independientes entre sí; pero hay puntos evidentes de contacto, desde que lo que para uno es la base del impuesto, para el otro es gasto deducible.

1.3.1. Deducciones sobre la renta de tercera categoría

El artículo 37° de la LIR contiene la fórmula general para la deducción de gastos de la renta de tercera categoría, que es la que corresponde a la mayor parte de empleadores. Plantea que puede deducirse de la renta "los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley." Acto seguido, empero, lista una serie de supuestos, que en los hechos termina siendo restrictiva[71].

En todos los casos, según la LIR, se requiere que los pagos sean "normales para la actividad que genera la renta gravada, y cumplir con "criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente. Tratándose de los gastos indicados en los literales a.2, l) y ll), la norma exige se haya cumplido además el requisito de **generalidad**.

(71) En lo que atañe a la relación laboral, el artículo 37 de la LIR hace referencia a los gastos de movilidad de trabajadores, con acreditación o tope (literal a1); los aportes voluntarios del empleador con fin previsional, con tope (literal a.2) las provisiones destinadas a pagar beneficios sociales (literal j), los "aguinaldos, bonificaciones, gratificaciones y retribuciones, incluyendo los hechos en virtud del vínculo laboral y con motivo del cese (literal l); los pagos de servicios de salud, recreativos, culturales y educativos, incluidos los de capacitación (con topes), así como los gastos de enfermedad, y las primas de seguro de salud a favor de la cónyuge e hijos menores de 18 años o incapacitados (literal ll); las remuneraciones, pero con topes tratándose de personas vinculadas familiarmente al propietario o titular del negocio (literal ñ); los gastos de representación (con tope, salvo que a su vez se traten como renta del trabajador, en el literal q); los gastos de viaje, incluyendo transporte, alojamiento, alimentación y movilidad, con tope (literal r). A pesar de que el literal z) de esta norma establece una deducción adicional tratándose de remuneraciones pagadas a personas con discapacidad, esto se encuentra pendiente de implementación. El artículo 21 del Reglamento de la LIR, aprobado por D.S. N° 122-94-EF, agrega criterios y detalles para los supuestos de deducción de gastos.

Esto merece una explicación y dos críticas.

En primer lugar, no nos parece de la mejor técnica legislativa la mención a que la deducción de gastos debe cumplir criterios o exigencias no definidos, pues a ello lleva la fórmula "tales como razonabilidad". La razonabilidad se acepta, pero otros criterios "tales como ella" no se sabe qué son, y por lo tanto resultan o redundantes o inaceptables.

En cuanto a la generalidad, no hay criterios exactos para establecerla, debiendo evaluarse el contexto de la organización, el motivo del beneficio, las funciones y metas de los beneficiarios y similares. Al respecto, el TF señaló en sus Resoluciones N°s 2230-2-2003 y 2506-2-2004, que podría cumplirse con el principio de generalidad inclusive si el beneficio es otorgado a una persona. No se requiere que el beneficio se deba otorgar a todos los trabajadores, sino que debe existir un criterio objetivo para verificar que aquél podría otorgarse a cualquier trabajador con parecidas condiciones de antigüedad, rango, nivel, jerarquía, rendimiento, metas conseguidas y similares.

Ahora bien, la RTF N° 2330-2-2005 indicó que al evaluar el criterio de generalidad, se puede detectar aquellos gastos que de darse en forma singular o especial dentro de un grupo homogéneo, podrían constituir una liberalidad, cuya deducción (en tanto que donación) se encontraría prohibida en la LIR.

Como segunda crítica, a este respecto coincidimos sin reservas con la formulada por Toyama, al afirmar que "la norma tributaria desborda el ámbito laboral al exigir un criterio de generalidad y causalidad cuando, las disposiciones laborales permiten la entrega de conceptos a uno o más trabajadores"[72]. No encontramos lógica en que, respecto de pagos que van a generar retención del impuesto de quinta categoría al trabajador, que obedecen a la existencia del vínculo (o su terminación) y respecto de los cuales hay mecanismos para su verificación, se exija una característica que nada aporta a la naturaleza de un pago verdadero que ha reducido las ganancias del empresario. No vemos motivo distinto a la **desconfianza** que mencionábamos en la primera parte de esta ponencia.

Consideramos inadecuado el criterio utilizado en la norma tributaria para afrontar los gastos de personal. Entendemos la necesidad de que cubra supuestos a través de los cuales pueden haberse producido situaciones elusivas o, peor, evasivas. Sin embargo, la norma se excede cuando cuestiona pagos reales, o cuando restringe gastos incuestionables como los de educación. Las normas laborales, sin entrar en detalle y apoyándose más en fórmulas de razonabilidad (también, por cierto, contempladas por las tributarias) resultan más flexibles y funcionales.

(72) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Puntos interdisciplinarios de los derechos laboral y tributario, o … simplemente la tributarizacion del Derecho Laboral". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LIV, N° 56, Normas Legales, Lima, mayo/junio, 2004, p. 163.

1.3.2. La renta de quinta categoría

La renta del trabajo subordinado, junto con categorías específicas de trabajo no subordinado[73], está normada por el artículo 34° de la LIR.

La norma determina que son rentas de quinta categoría las obtenidas por "el trabajo personal prestado en relación de dependencia (...), como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por servicios personales".

La enumeración central en el texto cumple una función didáctica, pues la fórmula real es la amplia: "toda retribución por servicios personales prestados en relación de dependencia".

El mismo artículo, complementado por el artículo 20° del Reglamento, establecen una serie de supuestos en los que cabe la entrega de bienes, servicios o dinero al trabajador por parte de su empleador, y que sin embargo no se repute como renta gravada.

Los supuestos son limitados, y en todos los casos se encuentran muy restringidos, para que no quepa duda de que la formulación general se cumple. Rescatamos los gastos de viaje, alimentación y hospedaje; los de movilidad, el reembolso de gastos de representación (sustentados con comprobantes de pago); los pasajes y traslado del menaje de casa de un no domiciliado que viene a trabajar al Perú (al inicio y al fin del contrato), así como el pago al mismo de gastos de alimentación y hospedaje (solo tres meses) y pasajes a su país de origen para vacaciones; y los gastos y contribuciones generales de salud, recreativos, culturales y educativos.

Debe hacerse una mención, dentro de lo rígido de la norma, al final del segundo párrafo del artículo 34° de la LIR, que establece que no son renta los "gastos exigidos por la naturaleza de sus labores, siempre que no constituyan sumas que por su monto revelen el propósito de evadir el impuesto". Regresaremos sobre esto cuando tratemos las condiciones de trabajo.

En suma, los supuestos no gravados son escasos. Se trata de que todo en cuanto el trabajador se enriquece (obtiene ventaja patrimonial) como consecuencia de su contrato de trabajo, genera el pago del impuesto.

(73) Concretamente, el prestado por quien lleva a cabo sus actividades independientes sin asumir los gastos requeridos por estas, y el prestado por el trabajador que también desarrolla actividad no subordinada a favor de su empleador

Es de apreciar que, como hemos adelantado en la primera parte de nuestra ponencia, la totalidad del impuesto a la renta es objeto de retención por parte del empleador. Vale decir, que corresponde a este definir lo gravado y no gravado, y asumir la responsabilidad inicial por esa decisión.

Para el trabajador esto produce una situación dual. Por un lado, puede darse que posibles errores **a su favor** (cuando se le retiene de menos) no lo afecten, pues cuando se detectan le serán cobrados al empleador, que eventualmente no tendrá la capacidad o la posibilidad de repetir por los mismos. De otro lado, empero, si se le retiene **de más**, podrá darse que tenga que recurrir a la autoridad tributaria para obtener el reembolso, en tanto que el pago habrá sido efectiva y realmente efectuado por el empleador.

1.3.3. El impuesto a la renta asumido por el empleador

Un caso especial, que independizamos por interesar tanto al impuesto del trabajador como la deducción de gastos del empleador, es aquel en que el empleador paga el impuesto a la renta del trabajador.

Ese impuesto no incrementa la renta del trabajador para el propio impuesto de quinta categoría, En consecuencia, no debe efectuarse ningún recálculo de la renta imponible ni incrementarse esta. Sin embargo, no puede ser deducido como gasto por la empresa. Así lo determina el artículo 47 de la LIR.

El pago sí se computa para otros efectos tributarios, señaladamente para la aportación a EsSalud, por imperio del Decreto Supremo N° 112-2000-EF, en criterio ratificado por Informe N° 016-2002-SUNAT/K00000 de la Sunat.

El mayor aporte a EsSalud continúa siendo un aporte, y es derivado de la mayor **remuneración** que percibe el trabajador a través del beneficio. Por ello, es gasto deducible de la renta de tercera categoría de la empresa. Que el origen remoto de ese gasto (el impuesto asumido) no se deduzca no desfigura la contribución, que permanece deducible como tributo de cargo del empleador.

En cuanto al Sistema Privado de Pensiones, conforme vimos antes, la base imponible está constituida por las rentas del trabajador. El impuesto a la renta asumido por la empresa no es entonces remuneración asegurable, en vista de que no constituye mayor renta del trabajador.

Todo este escenario se refiere al **impuesto asumido por el empleador**, figura distinta al *gross up*, por el cual, en lugar de que el empleador pague el impuesto por el trabajador, le asigna un ingreso **bruto** tal, que luego de efectuados los descuentos de ley arroje un neto igual al pactado. El tratamiento tributario y laboral en este supuesto es simple: se basa en una remuneración bruta, que es base de cálculo para todos los beneficios, tributos y aportes.

Que una u otra modalidad sea más favorable para la Empresa depende de diversos factores: si el empleador tiene pérdida tributaria, el monto de la remuneración del trabajador, etc. Pero si la Empresa asume los impuestos, e incluso la AFP, del trabajador, para este resulta conveniente el *gross up*, dado que supondrá una remuneración base más alta y por ende mejores colaterales.

2. El difícil acercamiento de los lenguajes

Mucho se ha discutido respecto de las diferencias entre las bases utilizadas para el campo tributario, en relación con los conceptos laborales.

Intentaremos una mirada práctica a este asunto, a fin de avizorar posibles mejoras en el método de compatibilización de aquellas.

Adelantamos que parte importante de esta compatibilización no es posible. Conceptos como gratificaciones extraordinarias o participación en las utilidades, que por funcionalidad de las relaciones laborales son y deben permanecer como no remunerativas, constituye enriquecimiento del trabajador, por lo que difícilmente podría plantearse que no tributen.

Hay otros campos más debatibles, empero, en los cuales se puede intentar un mejor entendimiento entre ambos campos.

2.1. La remuneración y la renta imponible

Vimos antes cómo la detección de la renta de quinta categoría se basa principalmente en dos factores: un enriquecimiento del trabajador, y el vínculo entre ese enriquecimiento y su prestación de servicios.

En el plano laboral, la categoría principal, sobre la que debiera plantearse cualquier homogeneización, es la remuneración. Esta es base para la inmensa mayoría de los beneficios y derechos a que tiene derecho el trabajador, cualquiera sea el origen o la fuente normativa de ellos. De lo que sea (y no sea) remuneración, depende la cuantía de un cúmulo de conceptos, que a su vez podrán o no ser conceptos remunerativos y repercutir sobre otros beneficios.

No llama la atención, entonces, que su definición sea central a la normativa laboral. Pero la frase recién vertida tiene que ser pluralizada, en tanto que no existe una única definición, ni un único efecto sobre el que opere la misma.

En nuestro sistema, en efecto, contamos con una definición general, que tiene clara vocación de universalidad pero que en realidad es aplicable en defecto de las múltiples definiciones que va generando el propio sistema. Hay una remuneración computable para la CTS, otra para gratificaciones, otra para vacaciones.

Esa definición general, por su parte, consta de una fórmula positiva, complementada por una precisión de signo negativo.

El artículo 6° de la LPCL establece que "constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición". De inmediato, empero, completa el esquema, en el artículo inmediato posterior, con una remisión al artículo 19° del TUO de la Ley de CTS (aprobado por D.S. 001-97-TR), que concreta un listado de diez conceptos que quedan determinados como **no remunerativos**.

La técnica utilizada tiene virtudes y defectos. Es, en lo primero, razonablemente clara y simple de seguir. Pero en lo segundo tiene que aceptarse que al constituir la aplicación conjunta de dos normas de alcance distinto, deja abierta una clara incongruencia, como vemos de inmediato.

El artículo 19° del TUO de la Ley de CTS no está referido a conceptos que no constituyan remuneración, sino que lista conceptos **no computables** precisamente para la CTS. Los artículos 6 y 7 de la LPCL, en cambio, tienen vocación universalista, al extremo que el segundo de ellos amplía los efectos de la norma sobre CTS, y dictamina que dichos conceptos no son simplemente no computables para ese beneficio, sino que "no constituyen remuneración para ningún efecto legal".

Para que un concepto no sea remuneración, es necesario que incumpla alguno o algunos de los caracteres establecidos en la definición legal, a pesar de lo cual de la fórmula legal aparecen varios conceptos definidos como no remunerativos pero que muestran todos esos caracteres (los bienes de propia producción o el suministro indirecto de alimentación, por ejemplo).

Fuera de esos desajustes, nuestra definición legal nos requiere revisar dos caracteres de la remuneración: ser (a) contraprestación por servicios, y (b) de libre disposición.

Trataremos entonces esos dos aspectos, a fin de llegar a un entendimiento más fino del concepto.

2.1.1. Las condiciones de trabajo

Junto con otros conceptos no remunerativos, un sector principal de ellos está constituido por las condiciones de trabajo. Pizarro Díaz compila varias definiciones para concluir que aquellas son "percepciones económicas, otorgadas tanto en dinero como en especie a los trabajadores, cuyo abono se halle vinculado directamente con necesidades del trabajo o intereses empresariales que no tiene porqué soportar el trabajador"[74].

(74) PIZARRO DÍAZ Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzales & Asociados Consultores Laborales S.C., Lima, 2006.

Encontramos que las condiciones de trabajo están reconocidas como no remunerativas por no **ser de libre disposición**, en tanto que su destino es ser utilizadas para trabajar. También y por encima de eso, empero, sabemos que no lo son por no constituir contraprestación por servicios, sino una entrega destinada a posibilitar o facilitar estos.

No llama la atención, entonces, que la normativa tributaria reconozca que tales entregas no están gravadas con el impuesto a la renta de quinta categoría. Lo hace en la forma ya citada del segundo párrafo del artículo 34° de la LIR: espera que la naturaleza de las labores exija el pago, y que el monto esté acorde con esa necesidad, vale decir, que el trabajador no se esté enriqueciendo con la entrega.

La norma laboral lo precisa de modo similar, pues el literal i) del artículo 19° de la Ley de CTS requiere que la condición de trabajo se otorgue para el cabal desempeño de la labor o con ocasión de las funciones del trabajador, y siempre que "razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador".

En ambas formulaciones, si una entrega constituye ventaja patrimonial, no solo tendría que tributar, sino que además no debería conceptuarse como condición de trabajo. Pero se abre en este punto un campo gris, donde aparecen entregas que el servicio requiere pero que al mismo tiempo **suponen una ganancia para el trabajador**. Piénsese, simplemente, en el suministro de comida (necesaria para la prestación de los servicios), o uniformes, o el reembolso de gastos de representación, casos todos ellos en los que, al recibir gastos que requiere el trabajo, el trabajador deja de asumir costos que normalmente le corresponderían (como su alimentación personal o su vestimenta).

Para lo laboral el dilema se resuelve mediante la constatación de que esas entregas no son contraprestativas, y mediante la última parte de la frase de Pizarro Díaz: si el pago **no tiene por qué** ser asumido por el trabajador, cuando el empleador lo cubra deberá aceptarse que el objeto de dicha acción no ha sido enriquecer a aquel.

En lo tributario, el artículo 34° de la LIR tendrá que ser interpretada y aplicada de modo muy fino, sentando la línea de acuerdo a la concordancia entre la entrega y la necesidad empresarial. Por esto mismo, no vemos imposible un acercamiento de los textos legales. Si se preservara la exigencia actual del artículo 34° de la LIR, cabría un texto muy similar al de la norma laboral, que como adelantamos previamente parte de una lectura más sana de las situaciones laborales

2.1.2. Libre disposición y pagos en especie

La ley laboral, hemos visto, define la remuneración atribuyéndole la característica de la libre disposición.

Esto hace que a lo largo de los años se haya abierto discusiones sobre si una serie de conceptos tenían o no esa calidad y, por lo tanto, si eran o no remuneración. Sin más, durante algún tiempo ello sucedió con el impuesto a la renta asumido por el empleador.

En los últimos años han surgido críticas a este criterio, las cuales compartimos.

Arce Ortiz plantea que: "En nuestro medio, se ha interpretado que el término 'libre disposición' alude a dos tipos de libertades: de un lado, a la libertad para el uso del dinero, bienes o servicios entregados al trabajador, y, de otro, a la libertad que tiene el trabajador de no rendirle cuentas a nadie sobre sus gastos. Con la primera de estas acepciones, por ejemplo, quedarán fuera del concepto de remuneración casi todos los pagos en especie (...). Con el segundo (...), quedarán fuera las llamadas condiciones de trabajo o gastos necesarios para el cumplimiento del trabajo, además de todos aquellos conceptos entregados por el empleador con un destino específico"[75]. El cuestionamiento principal es, naturalmente, respecto de la primera interpretación: "Pidiendo optar por un concepto que deja fuera las condiciones de trabajo (...) se prefiere ampliar el contenido de la libre disposición a la libertad material o jurídica de uso. Sin embargo (...) la libertad material o jurídica de uso o el derecho a transferir o ceder un bien o servicio, contradice (...) la propia existencia de la remuneración en especie. ¿Para qué se admite la remuneración en especie, si luego se viene a restringir con fuerza mediante la utilización de un concepto amplio de 'libre disposición'"[76]. Pizarro Diaz agrega, "(...) es posible sostener que caben, al menos, tres interpretaciones posibles (...): (i) que la libre disposición es la facultad con la que cuenta el trabajador de decidir el destino de los bienes o servicios que recibe como contraprestación de su labor; (ii) que la libre disposición se ejerce al momento en el que el trabajador participa en la elaboración de su estructura remunerativa; y (iii) que la libre disposición equivale a la posibilidad de utilizar el bien recibido para un fin distinto del trabajo"[77]. Luego de descartar la segunda, cuestiona también la primera, pues "acoger una interpretación de libertad de disponer que relaciona el concepto, como su propio nombre lo indica, con la facultad de disponer o utilizar (tanto en el sentido lato como en un sentido jurídico) evidencia una contradicción interna en el sistema, al demostrarse que existen bienes que el trabajador recibe como contraprestación por sus servicios, pero respecto de los cuales no puede llevar a cabo ningún acto de disposición ni decidir para qué serán utilizados"[78].

La respuesta a la incongruencia en la definición no es simple, pero tampoco imposible. Pensamos que resulta preferible abandonar la noción de "libre disposición"

(75) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Palestra Editores SAC., Lima, 2008. pp. 344-345.
(76) Ídem.
(77) PIZARRO DÍAZ. Ob. cit., p. 74.
(78) Ídem.

como requisito para la verificación del carácter salarial de una prestación de modo que, como explica Pizarro: "en la determinación de la naturaleza de los bienes o servicios recibidos por el trabajador en el marco del contrato de trabajo, la discusión podrá versar: (i) sobre la existencia o inexistencia de la ventaja patrimonial o (ii) sobre el título que justifica la adquisición de la ventaja patrimonial (...), es decir, sobre si es o no entregada a título de contraprestación"[79].

Como es natural, esto no terminaría las discusiones, y quedarán siempre otros aspectos en los que lo tributario y lo laboral entrarán en divergencia. Sin embargo, sería al menos un aspecto en el que nuestros idiomas podrían acercarse.

3. Un caso patológico: el remanente de la participación en las utilidades

Hemos mencionado ya la definición que proporciona Ataliba para las contribuciones **parafiscales**. Agregamos ahora su opinión al respecto: "la invocación a la palabra parafiscalidad ha servido para que el legislador y el fisco desobedecieran la Constitución, hicieran tabula rasa del régimen tributario, atropellaran los derechos individuales y subvirtieran el orden jurídico"[80].

Sin que siquiera se haya hecho mención a esa categoría, esos son los sentimientos que nos despierta el tratamiento de los **remanentes de participación en las utilidades** regidos por el Decreto Legislativo N° 892 y su reglamento.

El artículo 2° de la norma establece como límite para la participación en las utilidades de cada trabajador, un equivalente a 18 de sus remuneraciones mensuales.

Parece razonable. Un ingreso superior en un 50% a la contraprestación principal por el trabajo, de naturaleza eminentemente variable y aleatoria, distorsionaría cualquier sistema de compensaciones.

El problema, empero, aparece en el artículo 3° de la misma norma, cuando, ante la constatación de que se hayan excedido los topes, se dispone que tal **remanente** "se aplicará a la capacitación de trabajadores y a la promoción del empleo, a través de la creación de un fondo, de acuerdo a los lineamientos, requisitos, condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento, así como a proyectos de inversión pública".

Como **contribución**, el pago no resiste análisis. Difícilmente puede plantearse que el caso exista, como pide Medrano Cornejo, "cierta relación entre la actividad que lleva a cabo el Estado y el sujeto obligado al pago de la misma"[81]. Las obras de infraestructura benefician a la colectividad, no a los aportantes.

(79) Ibídem, p. 225.
(80) ATALIBA, Geraldo. Ob. cit., p. 215.
(81) MEDRANO CORNEJO, Humberto. *Derecho Tributario - Temas*. Talleres de Artes Gráficas Espino, Lima, 1991, p. 54.

Tendría que aceptarse entonces que se trata de una especie de impuesto, el cual tiene por destino las arcas de una entidad ad-hoc (Fondoempleo) y los gobiernos regionales.

La pregunta es, empero, ¿a qué obedece el pago adicional, si todos los trabajadores que perciben participación en las utilidades tienen que pagar impuesto a la renta sobre las mismas?

El cuestionamiento se agudiza cuando se constata que el remanente se forma sobre la base de la participación en las utilidades de los trabajadores que, en una empresa que genera altos rendimientos, tienen menores remuneraciones.

En efecto, habida cuenta de que la participación se reparte (a) en un 50% en forma proporcional a los días laborados, y (b) en el 50% restante, en función de las remuneraciones percibidas, es simple advertir que si las utilidades son muy altas, la primera mitad del reparto generará sumas similares en lo nominal para todos los trabajadores (en tanto hayan laborado todo el año), las cuales sin embargo serán proporcionalmente, como número de remuneraciones, mucho más altas para los trabajadores cuyas remuneraciones sean más bajas.

Se trata, sin más, de una especie de impuesto a las sobreganancias, pero no sobre empresas sino sobre trabajadores y, en concreto, sobre los que ganan menos en las empresas más lucrativas.

No le encontramos ni justificación ni razón de ser. Consideramos que el sistema debiera ser cambiado, para que el remanente permanezca dentro de la esfera de beneficios directos de los trabajadores de la empresa específica, que son quienes han contribuido a generar las utilidades.

No por falta de otras razones, al menos considérese que, en la formulación de una norma de esta naturaleza difícilmente han intervenido laboralistas ... o tributaristas.

Lima, setiembre de 2012

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. AAVV. *Instituciones de Derecho del Trabajo y la seguridad social*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1997.
2. AAVV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Grijley, Lima, 2009.
3. AAVV. *Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina*. Arturo Bronstein, director. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
4. AAVV. *Derecho Laboral - Escritos laborales*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rafael Forero, coordinador. Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 1990.
5. AAVV. *Derechos laborales, Derechos pensionarios y justicia constitucional*. Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.
6. AAVV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Grijley, Lima, 2009.
7. AAVV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Carlos Blancas Bustamante; Guillermo Boza Pro; Fernando García Granará, comité editor. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, 2ª edición, Lima, 2009.
8. AAVV. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Luis Enrique De la Villa Gil, y Lourdes López Cumbre, directores. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.
9. AAVV. *Primeras Jornadas internacionales de tributación y derechos humanos*. Asociación internacional de tributación y derechos humanos, Lima, 1990.
10. AAVV. *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller, Palestra Editores, Lima, 2006.
11. AAVV. *Tratado de Derecho Tributario*, Andrea Amatucci, director. Temis, Bogotá, 2001.
12. ALBURQUERQUE, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2003.
13. ALONSO GARCÍA, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958.
14. APARICIO VALDEZ, Luis. *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. AELE, Lima, 2011.
15. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Palestra Editores SAC., Lima, 2008.
16. ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987.

17. BRICEÑO RUIZ, Alberto. *Derecho Individual del Trabajo*. Harla S.A., de C.V., México, 1895.
18. DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 8ª edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1991.
19. JARACH, Dino. *El hecho imponible*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
20. JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Editorial Cangallo. Buenos Aires, 1983.
21. MEDRANO CORNEJO, Humberto. *Derecho Tributario - Temas*. Talleres de Artes Gráficas Espino, Lima, 1991.
22. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984.
23. PIZARRO DÍAZ Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzales & Asociados Consultores Laborales S.C., Lima, 2006.
24. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998.
25. *Revista Jurídica del Peru*. Año LIV, N° 56, Normas Legales, Lima, mayo/junio, 2004.
26. *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII, N° 14, Normas Legales, Lima, enero-marzo, 1998.
27. VILLEGAS, Héctor. *Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1983.

ABREVIATURAS

- AFP - Administradora Privada de Fondos de Pensiones
- CT - Código Tributario
- EPS - Entidad Prestadora de Salud
- LIR - Ley del Impuesto a la Renta. TUO del Decreto Legislativo N° 774 aprobado por D.S. N° 179-2004-EF.
- LPCL - Ley de Productividad y Competitividad Laboral. TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por D.S. 003-97-TR.
- ONP - Oficina de Normalización Previsional
- SPP - Sistema Privado de Pensiones
- UIT - Unidad Impositiva Tributaria.

LA RELACIÓN DEL DERECHO LABORAL CON EL DERECHO SOCIETARIO Y SU VISIÓN A PARTIR DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Michael VIDAL SALAZAR[1]

Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Abogado por dicha casa de estudios. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Gerente del Área Laboral (Human Capital) de Ernst & Young.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** El derecho laboral frente a otras ramas del derecho. **III.** El derecho laboral frente al derecho societario en nuestros días: una cuestión fundamentalmente de sujetos. **IV.** Respuesta del derecho laboral ante la posible afectación de los derechos de los trabajadores derivada de la utilización de figuras societarias: instituciones de trascendencia en las relaciones entre el derecho laboral y el derecho societario. **1.** La aplicación de los principios del derecho del trabajo. **1.1.** El principio de primacía de la realidad. **1.2.** El principio de continuidad. **2.** El principio de irrenunciabilidad de derechos. **3.** La solidaridad y la desnaturalización. **3.1.** La solidaridad en materia laboral. **3.2.** la desnaturalización. **V.** Visión del tema a partir de los sujetos de la relación laboral. **1.** Visión a partir de la posición de empleador. **1.1.** El grupo de empresa y la vinculación económica: la extensión de la posición de empleador por la vinculación empresarial. **1.2.** Transmisión de empresas y la reorganización empresarial: la extención de la posición de empleador por el negocio. **1.3.** La subcontratación: la extensión de la posición de empleador por el destaque o desplazamiento de trabajadores. **1.4.** La persecutoriedad: la extensión de la posición de empleador por los bienes. **1.5.** El caso de la franquicia. **2.** Tratamiento del tema desde la posición de trabajador. **2.1.** La figura del gerente general nominativo (para efectos societarios). **2.2.** La contratación de empresas unipersonales para la prestación de servicios personales. **2.3.** El representante de la empresa gerente. **2.4.** El agente comercial. **VI.** Reflexión final.

(1) El presente artículo está dedicado a Valeria y Marcelo por alegrarme la vida con su sola existencia, y a Rosana por todo, pero en especial por su apoyo constante en cada uno de los retos que la vida me impone.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo nos da la oportunidad de abordar los algunos puntos de encuentro (y desencuentro) que existe entre el Derecho Laboral (o Derecho del Trabajo) y el Derecho Societario, ampliamente vinculados pero a la vez muchas veces contrapuestos. Los desencuentros que puedan existir tendrán de seguro su principal origen en los distintos parámetros sobre los que se enmarcan cada una de estas ramas del Derecho. Mientras el Derecho Laboral tiende a guiarse de la realidad, el Derecho Societario tiene una visión más formal. Mientras el Derecho Laboral contempla una visión que incluye una situación real (y por ello la necesidad de adaptarse a cada momento o época), el Derecho Societario se basa en ficciones. Definitivamente, esto no desmerece en nada el importante papel que juega el Derecho Societario en el ordenamiento jurídico, y en especial, en el desarrollo económico del mundo actual. Tampoco nos debe llevar a determinar una desconexión total entre una especialidad y la otra. Seguramente, en muchos casos un trabajo de ambos llevará a una solución no solo jurídicamente aceptable, sino además justa. Por ello, estudiar la reacción del Derecho Laboral frente al Societario nos permitirá un mejor entendimiento y, por tanto, mejores soluciones, en aquellas situaciones en las cuales confluyan.

Para tales efectos, nuestro estudio tendrá cuatro partes: la primera dirigida a graficar la importancia de la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del Derecho; la segunda, que nos presentará cuál es la situación actual de la relación del Derecho Laboral con el Derecho Societario; la tercera, en la que trataremos las respuestas del Derecho Laboral frente a la posible afectación de los derechos de los trabajadores por la utilización de figuras societarias; y, la cuarta, en la que revisaremos cómo esa problemática hoy gira fundamentalmente en la situación de los sujetos de la relación laboral, tocando algunos aspectos relevantes de la legislación peruana.

II. EL DERECHO LABORAL FRENTE A OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Sin lugar a dudas, hoy en día la interrelación de las distintas ramas del Derecho se hace indispensable. Siendo la materia objeto de estudio y regulación del Derecho Laboral las relaciones de trabajo, que pertenecen al quehacer diario de las sociedades, es común la necesidad de recurrir a otras ramas del derecho para solucionar determinadas cuestiones. Así pues, son de aplicación en el campo de las relaciones laborales reglas del Derecho Civil, Tributario, Constitucional, Internacional, Administrativo, Procesal, y claro, como no, del Derecho Societario.

Dicha interrelación, da la posibilidad de regular instituciones no solo de forma coherente sino además de potenciarlas. De allí que Del Rey Guanter señale que "los principales conceptos, instituciones y normas jurídicas no solo han de interaccionar por pura necesidad de coherencia y armonía, de forma que no se desarrollen

contradicciones entre la regulación de una misma institución por reglas de carácter administrativo, mercantil o laboral, sino también porque en esa relación se crea una sinergia enriquecedora dado que las aportaciones provenientes de los distintos ámbitos jurídicos potencian el perfeccionamiento ordenador interior de tal institución"(2).

En el caso del Derecho Laboral, como hemos descrito anteriormente, además se ha observado que su interrelación ha ido contemplando mayores áreas del Derecho, abandonando esa situación de contradicción-dependencia con el Derecho Civil, para relacionarse, por necesidad, con otras ramas del derecho. En esa medida, el mismo Del Rey Guanter afirma que "la interdependencia del Derecho del Trabajo con otros ámbitos y disciplinas jurídicas se ha intensificado de forma muy relevante en las últimas décadas. Tras un periodo de 'autoafirmación', de acentuación de su disciplina jurídica y como parcela del ordenamiento con personalidad y caracteres propios y definitorios –especialmente con respecto al Derecho Civil–, lo cierto es que, por paradójico que pueda parecer, a medida que el ordenamiento laboral va madurando, más evidente se hace la necesidad de tener en cuenta las aportaciones de todo tipo de disciplinas jurídicas y la obligación de completar y considerar la influencia que las regulaciones no laborales tienen sobre preceptos ordenadores laborales" (3).

Esa interdependencia, sin embargo, no puede ignorar los fines para los que nació el Derecho del Trabajo. En ese marco, es necesario tener presente su finalidad tuitiva, basada en que "la singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en que es un bien inseparable de la persona del trabajador. A diferencia de las transacciones sobre cosas o mercancías o sobre bienes de capital, los contratos sobre actividades de trabajo implican o comprometen personalmente (podríamos decir físicamente) a quienes han de prestarlas"(4). De allí el origen de los límites que muchas veces se imponen a los actos de intercambio que tienen por objeto este recurso o bien económico(5).

Así tampoco es posible dejar de lado su finalidad compensadora, la misma que explica claramente varios de los principios o instituciones aplicadas para la solución de controversias en el ámbito laboral, y que se explica en que "en la estructura de distintas formaciones sociales históricas y actuales, se encuentra otro rasgo característico de las relaciones de trabajo: la desigualdad de fuerza contractual o poder de negociación entre las partes o sujetos individuales de las mismas" (6). Ello nos lleva a la necesidad de compensar la debilidad contractual del trabajador, lo que se evidencia en el ámbito laboral en una "legislación de condiciones mínimas de

(2) DEL REY GUANTER, Salvador. "Introducción". En: AAVV. *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 21.
(3) Ídem.
(4) MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y Joaquín GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. Decimo sétima edición. Tecnos, Madrid, 2008, p. 61.
(5) Ídem.
(6) Ídem.

empleo y trabajo, que impone a los empresarios límites o barreras a posibles abusos de su posición dominante"[7].

En este ámbito, está claro que las finalidades del Derecho Laboral antes citadas, no justificarían un abuso por parte del trabajador, ni la afectación al derecho de terceros que no hayan sido "cómplices" en la posible afectación de derechos laborales.

En todo caso, en nada perjudica estas notas la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del derecho, tanto en el campo del Derecho Privado como del Derecho Público. En ese sentido, Cruz Villalón afirma que, "al tomarse como referencia una parcela de la realidad social, el Derecho del Trabajo comporta una intervención transversal del conjunto del ordenamiento jurídico sobre las relaciones laborales. De este modo, el Derecho del Trabajo se integra tanto en el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, pues se trata de las normas de uno y otro campo a lo laboral; es Derecho Privado, en la medida en que aborda unas relaciones entre trabajadores y empresarios, entre sindicatos y asociaciones patronales que tienen el carácter de sujetos privados y establecen entre ellas relaciones contractuales privadas; pero es en igual medida Derecho Público por cuanto que esas relaciones laborales se desarrollaron con un fuerte intervencionismo y protagonismo por parte de los poderes públicos, lo que determina la presencia de incluyentes normas públicas en la materia" [8].

Partiendo de tales ideas pasaremos a analizar cómo confluyen en la actualidad el Derecho Laboral y el Societario.

III. EL DERECHO LABORAL FRENTE AL DERECHO SOCIETARIO EN NUESTROS DÍAS: UNA CUESTIÓN FUNDAMENTALMENTE DE SUJETOS

La fuerte interrelación que existe hoy en día entre el Derecho Laboral y el Derecho Societario tiene su origen –principalmente– en la evolución que los sistemas producción han tenido, y la activa participación en tal desarrollo de las instituciones societarias.

Definitivamente, considerando que las relaciones laborales son parte inescindible de los sistemas productivos, la posible afectación de los derechos de los trabajadores constituye un factor siempre presente en las nuevas formas de organización que las empresas van implementando.

Tal situación fue observada hace más de 20 años por la Organización Internacional del Trabajo, cuando en su 87ª Conferencia Internacional se dejó constancia

(7) Ibídem, p. 62.
(8) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio del Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 51.

que "la mundialización y la rápida evolución de los sistemas de producción engendran a la vez nuevas oportunidades y problemas para el empleo. En todo el mundo, las empresas tienen que adaptarse lo antes posible a nuevas técnicas, a nuevos competidores, ya los flujos financieros errabundos, lo cual suele ir en detrimento del empleo especialmente de las grandes empresas, ya que se reorganiza el trabajo para lograr objetivos de productividad, o se introducen sistemas de producción de alto coeficiente capital para satisfacer las normas de calidad que exigen los mercados mundiales"[9].

Frente a lo antes planteado, la situación actual (ya desde hace varios años) nos muestra la implementación de varios cambios en las formas de organización empresarial, con una tendencia marcada a la descentralización, es decir, a la atomización de la figura formal del empleador.

Así pues, Cruz Villalón afirma que "el efecto principal, inmediato y casi generalizado que provoca la expansión de las fórmulas de descentralización productiva es el redimensionamiento del tamaño de las empresas, en concreto el incremento de las pequeñas y medianas empresas, en algunos casos la extensión de las empresas extremadamente reducidas; dato evolutivo que parece extendido en casi todos los países desarrollados, si bien lo sea con diferente entidad en unos y otros casos"[10].

El efecto en las relaciones laborales de esta situación lo describe acertadamente Valverde Ascencio cuando indica que "para poner de manifiesto cómo frente a cada vez una más evidente concentración económica y empresarial –donde los mecanismos de control no tienen por qué ser ya ni siquiera societarios– nos encontramos con una diversidad de formas de organización empresarial que tiende realmente a la desagregación de grandes sociedades como titulares del contrato de trabajo y a formas de desconcentración productiva que llegan, incluso, a la denominada tendencia a la desaparición de formas de trabajo tradicionales y la afectación más inmediata del ejercicio de las facultades de dirección empresarial"[11].

Queda claro, pues, que, a partir de las nuevas formas de producción, pensar en una relación laboral clásica resulta desfasado, y no permite una debida evaluación de los problemas que pueden surgir.

Sin embargo, la descentralización no necesariamente debe presentarse como negativa. Así pues, Monereo Pérez manifiesta que "en la vertiente patológica, la descentralización aparece como una técnica de organización empresarial de reducción

(9) Oficina Internacional del Trabajo. 87ª Conferencia Internacional del Trabajo. Reunión 1989. Memoria del Director General de Trabajo Decente. p. 24.
(10) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009, p, 66.
(11) VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. "Las relaciones contractuales entre empresas mercantiles y su incidencia en la relación laboral". En: AA.VV. *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 162.

de costes y de riesgos, flexibilizando la utilización de la mano de obra y debilitando el poder de los sindicatos. Ello, no obstante en la última década se tiende a reforzar la idea de concebir la descentralización de la producción con el lado más 'positivo' de las exigencias de la organización empresarial impuesta por la lógica de mercado en las economías desarrolladas de flexibilizar la capacidad productiva, y estableciendo diferenciaciones en el proceso de producción, de tal manera que el núcleo central retenga las funciones accesorias para una completa realización"[12]. Y es que en realidad, no tiene porque ser negativa. Una mayor producción derivada de estos cambios en la organización empresarial puede generar mayores beneficios no solo a los empresarios, sino también a los trabajadores. Lo importante solo será que el origen del cambio o su efecto inmediato, no sea la afectación de derechos de los trabajadores.

En todo caso, para efectos de lo que es materia de este trabajo, debemos indicar que estas formas de reorganización empresarial, caracterizadas por la tendencia descentralizadora antes citada, utilizan como mecanismos para implementarse instituciones el Derecho Societario, y en ello van a radicar la mayoría de puntos de relación con el Derecho Laboral.

De esta manera, resulta evidente que el mayor campo de interacción se va a dar en relación con los sujetos del contrato de trabajo, en especial, en el ámbito del empleador.

En esa línea, Toyama Miyagusuku remarca la importancia, en este contexto, de "identificar a los sujetos que hacen posible la relación laboral sin dejar de reconocer la trascendencia de la naturaleza de estos, pues cada vez resulta más complicado reconocer a una de estas partes –por los nuevos fenómenos empresariales, los sistemas económicos, el avance del trabajo autónomo, etc.– para que la legislación laboral pueda brindarles la tutela adecuada en su desenvolvimiento dentro del mundo laboral"[13].

Puede incluso llegarse a afirmar que el "problema" entre el Derecho Societario y el Derecho Laboral es un problema de definición y determinación de los sujetos en una relación de trabajo. Los empleadores en su pertenencia a un grupo empresarial, en la utilización de la subcontratación o en la transmisión de su negocio, tiene un objeto económico en nada cuestionable, pero que debe ir acompañado de una diligencia debida para no afectar intereses de su personal.

Ahora bien, la interrelación entre el Derecho Laboral y el Derecho Societario también se puede dar en otros campos, fundamentalmente en supuestos en que la utilización de figuras societarias pueden encubrir una relación laboral, ya no porque

(12) MONEREO PÉREZ, José Luis. "Grupos de Empresa y Subcontratación". En: *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Trotta, Madrid, 1994. p. 245.
(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011. p. 9.

pueda constituir un camuflaje del empleador, sino por no permitir identificar claramente la calidad de trabajador de la persona contratada, tal como puede suceder en el caso de las empresas unipersonales o la figura del gerente nominativo (que revisaremos más adelante).

Sin perjuicio de lo antes señalado, no podemos tampoco dejar de reconocer que, en muchos casos, las disposiciones societarias serán de utilidad para resolver cuestiones de naturaleza laboral, aludiendo para ello la interrelación entre ambas figuras, tal como puede suceder con las normas que regulan la fusión de empresas o los grupos de empresa en nuestro país, aplicadas ante el vacío que hoy encontramos en esas materias.

Finalmente, debemos indicar que este tema no se agota en los sujetos de la relación laboral. En general, el campo laboral tiene una constante interacción con el societario. Un ejemplo claro de ello se presenta con la regulación de la participación en las utilidades y la exigencia de tal obligación a las asociaciones sin fines de lucro[14]. Otro, la utilización de instituciones del derecho societario para regular y entender figuras como el *stock option*. Sin embargo, considerando los alcances del presente trabajo nos limitaremos al análisis del tema a partir de los sujetos de la relación laboral.

IV. RESPUESTA DEL DERECHO LABORAL ANTE LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE FIGURAS SOCIETARIAS: INSTITUCIONES DE TRASCENDENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO LABORAL Y EL DERECHO SOCIETARIO

Considerando el contexto descrito en puntos anteriores no queda otra conclusión que la necesaria y continua adaptación del Derecho Laboral a los requerimientos actuales del campo en el que se desarrollan las relaciones de trabajo. En ese

(14) En este caso, la interacción entre el Derecho Laboral y el Societario se manifiesta en la necesidad de determinar la obligación de repartición de utilidades a los trabajadores, para cuyo efecto se hace indispensable la utilización de conceptos societarios. En ese sentido, la Resolución Administrativa N° 633-2008-Lima, estableció que la entidad empleadora no está obligada a repartir utilidades tomando en cuenta para ello que "sin considerar que la inspeccionada es un organismo de cooperación técnica internacional y, como tal tiene la condición de sujeto exonerado del impuesto a la renta, de conformidad con el inciso b) del artículo 19° de la Ley del Impuesto a la Renta al cumplir con los supuestos establecidos en la citada norma, esto es, que su instrumento de constitución comprenda alguno o varios de los siguientes fines: Beneficencia, asistenta social, educación, cultura, científica, artística, deportiva, política, gremiales y/o vivienda; que sus rentas se destinen a sus fines especificados en el país, que no las distribuyen, directa o indirectamente, entre los asociados y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio de destinará, en caso de disolución, a cualquiera de los fines señalados, aún cuando la disposición estatutaria a que se refiere este inciso no sea exigible a las entidades e instituciones de cooperación técnica internacional" (citada en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Augusto EGUIGUREN PRAELI. *Jurisprudencia sobre Inspecciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 154). De esta manera, instituciones societarias como el objeto social y la disolución, colaboran con el Derecho Laboral para determinar la obligación o no de repartir utilidades entre los trabajadores.

sentido, Sanguinetti Raymond manifiesta que "primero la crisis económica, que se instalará en las economías de los países industrializados a partir de la década de los setenta, y más tarde los procesos de reconversión tecnológica y empresarial puestos en marcha para hacer frente a sus efectos, han tenido la virtualidad de desencadenar en la mayor parte de ordenamientos un vasto proceso de revisión crítica de las pautas tradicionales de crecimiento del sistema normativo laboral, al hilo del cual se ha venido demandando con cada vez mayor insistencia la introducción de cambios en sus estructuras institucionales, con el fin de hacerlas permeables a los nuevos contextos en los que han de operar"(15).

En esa misma línea, Cruz Villalón señala que "el estudio de un sector del ordenamiento jurídico tan sensible a los cambios sociales y económicos como es el Derecho del Trabajo, no puede ser completo si progresivamente no se va tomando en consideración el contexto de cambio de la realidad social en el que se desenvuelve la norma laboral, analizando no exclusivamente los problemas de 'validez' de sus disposiciones, sino igualmente los de eficacia"(16).

Así pues, la situación exige del Derecho Laboral una reacción, que lo lleve a una adaptación a los nuevos tiempos, a una modernización, pero sin perder de vista sus fines y su origen.

De esta manera, el Derecho Laboral reacciona frente a estas situaciones con los mecanismos que tiene a la mano. Los problemas que puede suscitar su interrelación con el derecho societario originan la aplicación de instituciones que permiten un resguardo de los derechos de los trabajadores. A nuestro entender esos mecanismos están constituidos fundamentalmente por la aplicación de principios propios del derecho del trabajo tales como el principio de primacía de la realidad, de continuidad y de irrenunciabilidad, así como por la utilización de figuras como la solidaridad y la desnaturalización. Tales instrumentos serán revisados en las siguientes líneas.

1. La aplicación de los principios del derecho del trabajo

Tal como sucedía, y sucede hasta ahora, en los casos de desencuentro con el Derecho Civil, el Derecho Laboral recurre a sus principios para hacer frente a aquellas situaciones legitimadas por el Derecho Societario, pero cuestionables desde su visión.

Dichos principios no son otra cosa que "ideas fundamentales e informadoras de nuestro ordenamiento jurídico laboral, cuya finalidad es la orientar su actuación

(15) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. ARA, Lima, 1997. p. 23.
(16) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009. p. 16.

y cimentar su naturaleza tuitiva o protectora"(17). Como puede observarse de la definición citada, el origen de estos principios está en la situación de indefensión y falta de poder de negociación en la que comúnmente se encuentra el trabajador frente a su empleador.

Si bien, cualquiera de los principios del derecho laboral podría constituirse en un mecanismo útil para situaciones de esta naturaleza, los que más comúnmente aplicados son el principio de primacía de la realidad, el de continuidad y el de irrenunciabilidad de derechos.

1.1. El principio de primacía de la realidad

Sin duda, el más conocido de los principios del Derecho del Trabajo, y el que mejor expresa el campo en que se mueve esta rama del Derecho, apunta a la prevalencia de lo sucedido en los hechos frente a lo consignado en los documentos.

En esa línea, Plá Rodríguez lo define como aquel principio según el cual "en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero"(18). Dicha definición ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano(19), el mismo que además ha señalado que "este principio 'se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa'"(20).

La utilización de este principio en nuestro ordenamiento, como respuesta a una mayor utilización de figuras ajenas al derecho laboral es graficada por Toyama Miyagusuku al indicar que tal situación "ciertamente, ha motivado una respuesta estatal y que se manifiesta en la existencia de reconocimientos expresos del principio de primacía de la realidad, así como en una mayor fiscalización laboral (Ministerio de Trabajo) y tributación - laboral (Sunat), y la emisión de resoluciones y sentencias que resuelven sobre la base de este principio" (21).

Y es que, en realidad, más allá de su consagración expresa en el ordenamiento, el principio de primacía de la realidad está presente en cada uno de los operadores del Derecho Laboral, especialmente en aquellos a los que se le ha delegado la facultad de solucionar conflictos de esta naturaleza laboral. En ese sentido, no es raro que muchas situaciones límite o "grises" sean resueltas por la autoridad de trabajo y el Poder Judicial a partir de la aplicación de este principio, en especial si la

(17) BOZA PRO. Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011. p. 142.
(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1998. p. 313.
(19) STC Exp. N° 01944-2002-AA/TC.
(20) STC Exp. N° 0025-2007-AI/TC.
(21) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 70.

discusión tiene su origen en la necesidad de determinar la existencia de una relación laboral y quiénes son sus partes.

1.2. El principio de continuidad

Vinculado comúnmente con la preferencia por la contratación laboral permanente frente a la temporal, también se identifica a este precepto con la continuación de la relación laboral aún frente a las limitaciones formales que puedan haberse establecidos para ello.

En esa línea, De Los Heros Pérez Albela afirma que "el principio de continuidad tiene que ver con la vitalidad de la relación laboral a pesar de determinadas circunstancias que pueden aparecer como razón o motivo de terminación, tales como los cambios o transformaciones laborales, la sucesión laboral, la presencia de incumplimientos y nulidades, las interrupciones de la relación laboral y los despidos violatorios de derechos fundamentales"[22]. En esos mismos términos recoge la definición del principio de continuidad la Corte Suprema[23].

La aplicación de este principio es trascendental en casos de cambio de empleadores formales en el tiempo, y permite que una operación comercial o societaria no perjudique al trabajador, quedando imposibilitado de poder reclamar sus derechos o determinar ante quién es acreedor.

2. El principio de irrenunciabilidad de derechos

El principio de irrenunciabilidad prohíbe que los actos de disposición que recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con invalidez la trasgresión de de esta regla[24].

De los principios en mención es el único que tiene reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento (artículo 26, inciso 2), pero a su vez sobre el que más discusión presenta en relación a sus alcances, derivado justamente del texto constitucional que presenta una doble limitación. Primero, en relación al ámbito de aplicación. La norma constitucional señala que "en la relación laboral se presentan los siguientes principios", consignando en el inciso 2 el "carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley". A partir de ello hay quienes han alegado que este principio solo es aplicable cuando la disposición de un

(22) DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. "Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro de Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS, Lima, 2004, p. 196.
(23) Casación N° 2144-2005-Lima.
(24) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 127.

derecho es entre las partes de una relación laboral (trabajador-empleador), mas no cuando se realiza frente a un tercero[25], limitando así sus alcances.

De otro lado, la regulación constitucional permite alegar que los únicos derechos que podrían ser irrenunciables son aquellos contenidos en normas imperativas consagradas en la Constitución y la ley, con lo cual no podrían ser objeto de aplicación del principio, derechos contenidos en convenios colectivos o la costumbre[26]. Sin embargo, por lo menos en el caso del convenio colectivo, una interpretación de ese tipo constituiría un desconocimiento de la fuerza vinculante de tal fuente de derechos, reconocida por la propia Constitución en su artículo 28°, inciso 2[27].

Más allá de estas discusiones –que es importante tener presente, pero escapan a la materia de estudio del presente trabajo– es importante resaltar que el principio de irrenunciabilidad de derechos ha sido utilizado fundamentalmente para cuestionar la validez de aquellos acuerdos o declaraciones de trabajadores celebrados en un marco en el cual ven perjudicados sus derechos indisponibles, tal como podría suceder en un contexto de transmisión de empresas, por ejemplo.

3. La solidaridad y la desnaturalización

Frente a las posibles situaciones de desencuentro con el Derecho Societario, además de los principios ante citados, el derecho laboral utiliza como instrumentos para hacer prevalecer sus fines, figuras que permiten resguardar los derechos de los trabajadores.

Los instrumentos más comunes utilizados por el Derecho Laboral en estos casos son la solidaridad y la desnaturalización. El primero consiste en una figura por la cual se hace responsable del cumplimiento de una o más obligaciones a dos sujetos, distintos y reconocidos. En la segunda, se parte de considerar que existe una situación irregular, por la cual una situación legítima en principio se ha vuelto ilegítima, generando ello determinadas consecuencias. Tal situación deslegitimizada podría llegar a ese estado sea por una comprobación en la realidad de determinadas circunstancias o, simplemente, por el incumplimiento de algún requisito formal.

Si bien las instituciones antes señaladas suelen estar recogidas por la legislación, como vamos a observar, la jurisprudencia o las autoridades

(25) Así por ejemplo, la STC Exp. N° 000529-2010-PA/TC que establece, con relación a una cesión de derechos laborales celebrada entre los trabajadores demandantes y una empresa distinta a su empleador, que "dicho acto no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores toda vez que, según lo alegado por los propios recurrentes, dicho acto no tiene como plataforma una relación laboral, es decir, no se celebra en el contexto de una relación laboral en el que las partes de dicho acto coinciden con las calidades de empleador y empleado, y en el que el objeto constituya una cesión de derechos laborales".
(26) En este caso podemos citar la STC Exp. N° 0008-2005-AI/TC en la cual se señala que "el citado principio "no cubre, pues, a aquellos [derechos] provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre".
(27) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 132.

administrativas la aplican en la práctica, aún cuando no exista una disposición normativa que las recoja, incluso, en virtud de los principios del Derecho Laboral antes mencionados.

3.1. La solidaridad en materia laboral

Partiendo de los fines propios del derecho del trabajo, podemos observar que la solidaridad aplicada en el ámbito laboral es una solidaridad con características propias frente a la solidaridad como institución jurídica civil.

En efecto, y tal como señala Valverde Ascencio (comentando el derecho español), "podríamos hablar de una solidaridad específica, cuyo fundamento no está en la concurrencia de elementos consustanciales de la misma en la teoría de las obligaciones civiles sino en la búsqueda de soluciones de garantía para los trabajadores en los distintos supuestos de hecho que dan lugar a la misma" (28). Así pues, la solidaridad en materia laboral tiene como principal finalidad la protección del trabajador y, por ello, puede resultar a veces tan variable.

Incluso el citado autor va más allá, afirmando que "la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho del Trabajo (...) no toma en consideración siquiera el presupuesto más básico y elemental de la misma, significa, simplemente, que su fundamento no es de justicia formal sino material, procesal si se quiere; pero plantea –o puede hacerlo– distorsiones según los casos que se puedan incluir en esta solución que, como decimos se hace genérica" (29). Ello explicaría por qué en nuestro ordenamiento a veces la solidaridad ha sido aplicada en supuestos que, en principio, no responden a su lógica inicial.

En la legislación peruana, la solidaridad ha sido recogida como una forma de protección preventiva en supuestos legalmente aprobados en los que, sin embargo, se considera, puede existir alguna afectación eventual del derecho de los trabajadores, tal como sucede en la intermediación o tercerización. De esta manera, un contrato de intermediación puede estar bien celebrado y las partes haber cumplido con los elementos que legitiman esa contratación, pero ello no excluye de responsabilidad solidaria al contratante si es que la fianza otorgada por el contratado resulta insuficiente para atender las deudas con sus trabajadores. Lo mismo sucede en la tercerización, en la cual puede no haberse presentado ninguna situación que la invalide, y sin embargo, el contratante siempre mantendrá su posición de responsable solidario frente a las obligaciones del contratado con su personal.

Además de ello, la solidaridad comentada (en intermediación y tercerización) cumple con la exigencia impuesta por el Código Civil, en relación a su necesario origen legal o convencional, graficado en lo dispuesto por el artículo 1183° del citado cuerpo normativo que establece que "la solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa". Tal disposición, que en la lógica del Derecho Civil busca no generar situaciones de inseguridad jurídica en los sistemas de contratación y comercio no siempre es recogida en el ámbito laboral, lo que le da a la solidaridad en este campo características especiales, muchas veces cuestionadas.

(28) VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. Ob. cit., p. 188.
(29) Ibídem, p. 189.

Así pues, se ha establecido responsabilidad solidaria en supuestos de transmisión de empresa vinculadas o de venta de bienes (bajo la regla de la persecutoriedad, que revisaremos más adelante), supuestos en los que no existe una previsión legal sobre el particular (es decir, que establezca responsabilidad solidaria). Como ejemplo de ello podemos citar la Casación N° 932-2002-Lima, en la que incluso se considera inaplicable el artículo 1183° del Código Civil. En dicho pronunciamiento se establece que "al haberse establecido en las instancias de mérito la solidaridad en el pago, atendiendo al carácter persecutorio de los bienes laborales, y por la existencia de vinculación económica entre la demanda y las codemandadas, estando a la naturaleza de los derechos en litigio, no resulta aplicable al caso de autos los artículos setentiocho y mil [ciento] ochentaitrés del Código Civil y el artículo setenta de la Ley General de Sociedades".

Otro ejemplo del tratamiento de la solidaridad por la jurisprudencia peruana la encontramos en la Casación N° 2406-2009, en la cual se establece que "debido al carácter tuitivo del Derecho Laboral o a la prioridad en el pago de estas obligaciones establecido en los artículos 24° y 26° de la Constitución Política del Perú, corresponde el pago solidario de los beneficios sociales entre empresas vinculadas económicamente con respecto a los créditos laborales de sus trabajadores que mantengan pendientes una de ellas, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan autonomía y personalidad jurídica propia y, además, tengan una relevancia unitaria en el ámbito laboral como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios, regida por el principio general de responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas y la irrenunciabilidad de derechos laborales reconocidos en el artículo 26° inciso 2) del a Constitución Política del Estado".

Es evidente pues que, en el ámbito laboral, la solidaridad no necesita estar pactada ni recogida en una disposición normativa para ser aplicada a una determinada circunstancia. Tal situación ha sido reconocida expresamente por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, en el que estableció que "existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configura los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresa o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores".

Más allá de la inaplicación de la limitación contenida en el artículo 1183° del Código Civil, que finalmente podría sustentarse en las reglas sobre supletoriedad (recuérdese que uno de los requisitos para que proceda la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil a relaciones reguladas por otras normas –según el artículo IX de su Título Preliminar– es que no sean incompatibles con la naturaleza de estas últimas, lo que podría alegarse en este caso a partir de la función tuitiva del derecho laboral), nótese pues que los supuestos mencionados por el Pleno grafican dos circunstancias distintas.

En efecto, primero hace referencia a una situación legítima o regular, citando los supuestos de vinculación económica y grupo de empresa y, luego, a una circunstancia basada en un fraude. Ello nos lleva nuevamente a la discusión sobre los alcances de la solidaridad. Hay que recordar que al declarar que dos empresas son responsables solidarias no se cuestiona la legitimidad de las mismas ni de sus actos, simplemente se les hace responsables a ambas. Pero además, en el ámbito laboral, no se desconoce la naturaleza y validez de la relación entablada con el trabajador. Nos explicamos. Si en un grupo de empresas yo fui contratado por la empresa A y luego por la empresa B, y esta última incumple con sus obligaciones, la responsabilidad solidaria de estas empresas me permite reclamar a cualquiera de ellas, pero sin desconocer que mi última empleadora fue B y no A.

En un supuesto de fraude, lo que se denuncia es que una empresa se ha hecho pasar por mi empleadora cuando en realidad dicha posición la ocupó otra empresa. Tal situación puede ser resuelta a partir de la declaración de desnaturalización de un supuesto permitido por ley o simplemente de la aplicación del principio de primacía de la realidad, más no de la solidaridad, y tendría como consecuencia práctica que yo sea considerado, para todos los efectos como trabajador de la empresa a la que realmente prestaba servicio. Así pues, si la empresa C contrata los servicios de la empresa D para que construya un edificio, y en la práctica quien dirige y fiscaliza es C, se presentaría una situación fraudulenta cuya consecuencia sería que los trabajadores de D sean considerados trabajadores de C.

Siendo ello así, incluir a los casos de fraude como un supuesto de solidaridad desconoce la naturaleza de esta figura –el fraude–, y la consecuencia que debe acarrear su declaración, que no es otra que la invalidez de las relaciones que se originaron a partir del mismo. Este análisis se extiende también a aquellos supuestos de grupo de empresa o transmisión de personal entre empresas vinculadas, en los que se pueda configurar una situación fraudulenta, tal como sucede cuando la empresa principal del grupo es la que dirige la actividad del personal de una empresa secundaria o subordinada, o se implementa una transferencia ficticia de personal.

En consecuencia, los dos primeros supuestos mencionados por el Pleno estarían referidos a situaciones que no presentan algún matiz de fraude, tal como la rotación de personal por empresas del mismo grupo o vinculadas económicamente, o la dirección de una empresa sobre otras de su grupo o vinculada económicamente

a esta (no de su personal), en cuyos casos habría responsabilidad solidaria pero no una situación de fraude que lleve a variar la situación contractual de los trabajadores (considerándoseles en una planilla distinta a la que formalmente pertenecen).

Solo quedará en discusión si la mera pertenencia a un grupo económico o la mera vinculación económica da origen a la responsabilidad solidaria o si es necesario algún factor adicional como la rotación del personal entre las empresas obligadas o la dirección empresarial antes citada. A nuestro entender, la respuesta dependerá de cada caso en particular.

3.2. La desnaturalización

Como ya hemos adelantado, la desnaturalización es una figura que implica no solo la asunción de responsabilidades, sino también el reconocimiento de una realidad, hasta ese momento, negada.

Se trata de una figura además que es utilizada en varios campos del Derecho Laboral, vinculada comúnmente a situaciones que el ordenamiento considera excepcionales y, por tanto, implican el cumplimiento de determinados requisitos, sustanciales y formales. Así pues, podemos apreciar reglas de desnaturalización en la legislación sobre contratos de trabajo sujetos a modalidad (temporales) y convenios de modalidades formativas laborales. Con relación a nuestro objeto de estudio, se establecen reglas de desnaturalización tanto en la legislación de intermediación laboral como en la de tercerización.

El efecto de la desnaturalización no es otro, ya lo hemos señalado, que el reconocimiento de una situación encubierta. En los supuestos de contratación temporal, conlleva a que el trabajador sea considerado como personal contratado a plazo indeterminado. En el caso de las modalidades formativas laborales, a que el beneficiario sea considerado como trabajador. En la intermediación laboral, a que el trabajador de la empresa de servicios o la cooperativa de trabajo sea considerado trabajador de la empresa usuaria. Y, en la tercerización, a que el trabajador de la empresa tercerizadora sea considerado trabajador de la empresa principal.

Como puede apreciarse, comúnmente la desnaturalización estará ligada a la aplicación del principio de primacía de la realidad, en especial cuando lo que se incumplen son requisitos de tipo sustancial. Sin embargo, tal vinculación no se presenta –necesariamente– cuando el requisito incumplido es de naturaleza formal, tal como sucede, por ejemplo, con la falta de un registro. En dichos casos, la desnaturalización se impone como una sanción.

Los requisitos antes mencionados constituyen, entonces, presunciones, que en la mayoría de casos además son absolutas (es decir, no admiten prueba en contrario), y que establecen, en el caso que es materia del presente trabajo, la existencia de una relación laboral, ahí donde la misma no estaba declarada.

Finalmente, debemos mencionar que la desnaturalización podría ser también alegada sin un sustento legal específico. Como ejemplo de ello, podemos revisar la STC Exp. N° 1 02111-2012-PA/TC, en la cual, más allá de citarse el artículo 4-B del Decreto Supremo N° 003-2002-TR para identificar el objetivo de la tercerización, fundamenta la desnaturalización de la comprobación de una situación fraudulenta. El citado pronunciamiento señala que "al margen de lo establecido en la ley de la materia, una operación (subcontratación fraudulenta) que no tiene otra fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial), se encuentra completamente vedada. Y ello no solo porque en este caso desaparece la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de instrumentalización de la dignidad de los trabajadores inadmisible en el Estado Constitucional".

De esta manera, al igual que la solidaridad, nos encontramos ante instrumentos que permiten hacer frente a situaciones en principio admitidas por el ordenamiento, cuya operación es viabilizada mediante instituciones del derecho societario, pero que pueden (y hablamos en términos de potencialidad, pues muchas veces la regulación se basa en presunciones, en especial en la desnaturalización) incurrir en supuestos de fraude o situaciones de abuso que, según el mismo ordenamiento, merecen ser subsanados o corregidos.

V. VISIÓN DEL TEMA A PARTIR DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Considerando los puntos más comunes en los que se entrecruzan el Derecho Laboral y el societario, como ya hemos señalado, parecería que tal vínculo tiene una amplia relación con la determinación de los sujetos en una relación laboral.

En efecto, las instituciones del Derecho Societario son utilizadas a efectos de hacer viable distintas formas de organización empresarial, cada vez más utilizadas por los actores comerciales. Pero muchas veces también son utilizadas en una situación pasiva dentro de la contratación de servicios, es decir, por el contratado. Así pues, si bien la problemática se presenta con mayor frecuencia en la figura del empleador, también puede tener trascendencia en la figura del trabajador.

Las situaciones que se pueden presentar son numerosas, e incluso pueden suponer cuestiones discutibles tanto en la visión de la calidad de empleador como en la de trabajador. En todo caso, trataremos las más frecuentes.

1. Visión a partir de la posición de empleador

Ya hemos señalado que la problemática del Derecho Laboral frente a las instituciones del Derecho Societario se presenta con mayor frecuencia cuando se trata de determinar la calidad de empleador, tanto formal como real.

Así pues, se afirma que "las tendencias globalizadoras han provocado que actualmente la figura del empleador asuma diversas manifestaciones que van desde una simple relación bilateral entre una persona natural frente a otra, hasta figuras complejas y de carácter triangular o multilateral (services o intermediación laboral, outsourcing o tercerización de servicios, subcontratación, grupo de empresas, etc.) supuestos que pueden confundir al trabajador inmerso en esta situaciones respecto a identificar a su empleador"[30].

En las siguientes líneas analizaremos las situaciones más comunes en que se presenta tal situación.

1.1. El grupo de empresa y la vinculación económica: la extensión de la posición de empleador por la vinculación empresarial

El grupo de empresas es el primer ámbito en que encontraremos la problemática objeto de estudio en este trabajo. La misma está tan presente que, en muchos casos, la relación entre el Derecho Laboral y el Societario se va a dar tanto en u contexto de fricción como en uno de coordinación. Así pues, es el derecho societario el que prestará al laboral sus instituciones para poder definir cuando nos encontramos ante un grupo empresarial y cuando no. A su vez, reglas societarias como la independencia de cada empresa para afrontar sus obligaciones no necesariamente serán recogida, o incluso, serán apartadas por el Derecho Laboral.

Nuestro ordenamiento es un claro ejemplo de ello. Actualmente, la legislación laboral no nos presenta una definición propia de lo que se entiende por grupo de empresa. Para encontrar alguna definición debemos recurrir a normas de distinta naturaleza.

Las primeras referencias a esta definición las encontramos en la Resolución SBS N° 445-2000 (28/06/2000) que en su artículo 8° señala "entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión".

En ese mismo sentido, mediante Resolución Conasev N° 090-2005-EF/94.10 (23/12/2005) se define como grupo de empresas al "conjunto de personas jurídicas,

(30) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 20-21.

cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales" (artículo 7°).

Más recientemente, el Decreto Supremo N° 008-2008-TR (Reglamento de la Ley de MYPE) estableció en su artículo 4° que, "se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad y objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personales naturales o jurídicas".

Como puede apreciarse todas las definiciones coinciden en dos rasgos característicos: una pluralidad de personas jurídicas y la sujeción al control de una misma persona o conjunto de personas (naturales o jurídicas).

En el ámbito laboral, a nivel nacional la única referencia al concepto de grupo de empresas lo encontramos en el Proyecto de Ley General del Trabajo (PLGT) que establece que "hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica o productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general".

La definición del PLGT agrega a los rasgos anteriores el carácter permanente de la unidad. De esta manera, queda fuera de la definición asociaciones de naturaleza temporal como el consorcio[31], sin perjuicio de la responsabilidad solidaria frente a terceros que la Ley General de Sociedades (LGS) sujeta a los casos en que se haya pactado o lo disponga una norma[32], supuesto en el que podrían encajar las deudas u obligaciones generadas a partir de una relación laboral. Habrá que ver en la práctica cómo reacciona la jurisprudencia frente a tal disposición (de entrar en vigencia), es decir, si se sujeta a la misma o la deja de lado como ha sucedido con el artículo 1183° del Código Civil.

Ahora bien, el tema del grupo de empresa resulta relevante para el Derecho Laboral por las consecuencias que pueden generarse de tal agrupación, especialmente, cuando la misma supone un grado de dependencia o subordinación directa entre las empresas que lo constituyen. Sobre el particular, Castello señala que en dichos casos "en los grupos de empresa se observa un fenómeno de disociación entre la empresa y el verdadero titular del poder de dirección y organización, que está colocado afuera de la misma. En el Derecho del Trabajo interesa particularmente llegar hasta el centro de control o dominación, para determinar el contratante real del trabajador (y el verdadero perceptor de su trabajo). Es así que en esta disciplina, la

(31) Definidos por la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) como "el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar de forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía" (artículo 445°).

(32) "Artículo 447°.- Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidad a título particular.
Cuando el consorcio contrate a terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley".

existencia de una pluralidad de empresas unidas por lazos de dominación debería hacer caer la individualidad en cada una de ellas. Por eso, en el orden estrictamente laboral el grupo debería ser considerado como un único empleador, dejándose al margen la personalidad jurídica de cada empresa"[33].

Tal situación también se presenta cuando se observa el entrecruzamiento de obligaciones económicas de empresas de un mismo grupo, supuesto en el que el mismo Castello señala que se "pone de manifiesto que la autonomía de las distintas unidades del grupo es meramente formal y no sustancial, el Derecho Laboral está habilitado para dejar de lado las estructuras jurídicas (normalmente societarias) que vienen dadas por el Derecho Civil y Comercial, para revalorar la noción de sujeto de derecho" [34].

A dichos casos se pueden agregar situaciones más complejas en las que el personal circula por las empresas del grupo o pertenece a áreas compartidas, las mismas que han sido incluso calificadas como supuestos fraudulentos de grupo de empresas[35]. Sin embargo, la calificación de fraude en este caso podría ser discutible en tanto, mientras se respeten sus derechos, el grupo de empresa e incluso la circulación de los trabajadores por el mismo no debería considerarse como un supuesto irregular.

Y es que, como señala Toyama Miyagusuku, "los grupos de empresas no son cuestionables ni reprimibles por las normas laborales si las empresas actúan con independencia y no existe una simulación o fraude"[36]. Eso sí, en el caso de la circulación por ejemplo, las empresas se sujetan a determinadas reglas enfocadas en el necesario respeto de derechos del trabajador en el tiempo. Para graficar tal afirmación podemos citar a Arce Ortiz cuando señala que "dado que la circulación dentro del grupo implica un cambio de empresa, la necesidad de estabilidad del trabajador en este ámbito presenta una singularidad adicional: el respeto a la acumulación del tiempo de servicios. Solo dentro del marco de un único contrato de trabajo, el trabajador podrá computar acumulativamente su antigüedad con el objeto de adquirir ciertos derechos legales o convencionales, o acaso incrementar su cuantía"[37].

La razón de lo antes señalado deriva de los abusos en que puede incurrirse y que son comentados por el mismo Arce Ortiz cuando afirma que "la presencia de

(33) CASTELLO, Alejandro. *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006. p. 182.

(34) Ibídem, p. 183.

(35) Así pues, Valverde Ascencio, comentando la jurisprudencia española, señala que la misma entiende que "hay un grupo de empresa fraudulento cuando se dan, entre otros, los siguientes rasgos: confusión patrimonial y contable entre todos los miembros del grupo; existencia de elementos de identificación del grupo como tal como una unidad; circulación de los trabajadores entre las diferentes empresas del grupo a través de sucesivas relaciones contractuales" (VALVERDE ASCENCIO, Antonio José. Ob. cit., p. 172).

(36) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 25.

(37) ARCE ORTIZ, Elmer. *La Circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas*. Universidad de Cadiz / Mergablum, Cádiz, 2003, p. 162.

una fuerte tradición de enlazar el contrato con la personalidad jurídica de las empresas agrupadas, facilita auténticas rotaciones de personal por la vía de contratos temporales. Es decir, cada vez que expira un contrato existe otra empresa del grupo dispuesta a contratar nuevamente los servicios del trabajador. Por lo demás, el amplio abanico de contratos sujetos a modalidad ofrece a la gestión empresarial del grupo, mantener dentro de sus fronteras a trabajadores 'móviles', disciplinados respecto al ejercicio de sus poderes y partícipes de su 'cultura', sin valorar el interés por la estabilidad que tiene el trabajador"[38].

Frente a estas situaciones, la solución por la que opta comúnmente el Derecho Laboral es recurrir a la solidaridad, con todo lo que ello supone (explicado en líneas anteriores). En ese sentido, Castello afirma que "como para el resto del ordenamiento jurídico (...) cada empresa integrante del grupo tiene su propia personalidad jurídica y un patrimonio separado, la forma jurídica que usualmente se emplea para viabilizar la responsabilidad en el terreno práctico es la solidaridad pasiva de todos los integrantes del grupo"[39]. En ese mismo sentido, Díaz Julie Rotchschild, comentado el ordenamiento uruguayo, y resaltando la innecesaria comprobación de fraude para ello manifiesta que "en materia laboral, jurisprudencia y doctrina consideran mayoritariamente que los integrantes de un grupo responden en forma solidaria por deudas laborales, sin necesidad de demostrar fraude ni intención ilícita"[40].

Hay que reconocer, pues, que existirán casos en los cuales se pueden presentar situaciones fraudulentas, en las cuales se coloca en planilla de una empresa a trabajadores que laboran en realidad para otra. En dichos casos, la situación no puede ser atendida con la solidaridad entre empresas, sino con la aplicación del principio de primacía de la realidad y la consideración del trabajador en la planilla que le corresponde.

Por su parte, la jurisprudencia peruana ha resuelto asuntos de este tipo, aplicando incluso, en algunos casos, varios instrumentos a la vez, tal como podemos apreciar en la Casación N° 2406-2009-Lima, en la cual resuelve a favor de la demandante aplicando "el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de realidad por encima de las formas jurídicas y la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos en el artículo 26° inciso 2) de la Constitución Política del Estado". La tendencia, en todo caso, apunta a responsabilizar solidariamente a las empresas de un mismo grupo, pero comúnmente a partir de un factor de conexión adicional (de tipo laboral) a la mera vinculación económica. En el caso citado, tal factor lo constituyó el traslado de la trabajadora demandante de una empresa a otra, aun cuando

(38) Ibídem, pp.164-165.
(39) CASTELLO, Alejandro. *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006. p. 184.
(40) DÍAZ JULIE ROTCHSCHILD, Soledad. "Los Grupos de Empresa desde la perspectiva uruguaya". En: *Instituciones de Derecho Empresarial*. APECC, Lima, 2010, p. 225.

la misma se materializó mediante una renuncia a la primera calificada como invalida por derivar, según la Corte Suprema, de intimidación.

En todo caso, tendremos que esperar a una regulación laboral del tema, lo que a nuestro entender, sería lo más conveniente considerando los diversos ámbitos que ello implica, incluso a nivel de relaciones colectivas.

En ese marco, el PLGT establece que "cuando un trabajador presta servicios en varias empresas que confirman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos. La prestación de servicios simultáneos para más de una empresa debe constar expresamente en el contrato" (artículo 7°). Además de presume la existencia de grupo de empresas en los siguientes supuesto: (i) cuando desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva; (ii) cuando existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras; (iii) cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; (iv) cuando los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas naturales; y, (v) cuando utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.

Finalmente, regula el traspaso de personal entre empresas del mismo grupo, estableciendo que ello "no afecta las remuneraciones, la categoría, ni la antigüedad del trabajador" (artículo 9°).

Como puede apreciarse, el factor utilizado en el PLGT para establecer la solidaridad es el de prestación de servicios en las empresas del grupo, consideradas solidariamente responsables, lo que consideramos razonable. Sin perjuicio de ello, es muy probable que aún con esta regulación vigente, se siga sancionando los supuestos fraudulentos, sea declarando una responsabilidad solidaria de las empresas involucradas, o aplicando el principio de primacía de la realidad para determinar al verdadero empleador.

Finalmente, y en relación a un tema cuyo debate amerita un espacio propio, el PLGT regula como un tipo de sindicato, al de grupo de empresa (artículo 313°).

1.2. Transmisión de empresas y la reorganización empresarial: la extención de la posición de empleador por el negocio

El segundo supuesto que revisaremos en esta parte es el de la transmisión de empresa. Para tal efecto, podemos definir esta figura como aquella operación por la cual un titular transfiere su unidad productiva a otro. Formalmente ello supone el cambio del empleador, sin embargo, para efectos laborales, se considera que hay una extensión de este derivada del mantenimiento del negocio.

Para tal efecto, centraremos el tema a una transferencia entre empresas no vinculadas. El caso contrario (empresas vinculadas) encajaría en las reflexiones realizadas en el punto anterior.

Siendo así, como señala Toyama Miyagusuku, en la "transferencia del negocio de una empresa a otra sin que existan vínculos económicos entre ambas (...), la nueva empresa asumirá las contingencias laborales, pero si se trata de un fraude o simulación (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evitar el pago de los beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales"[41].

Entonces en el ámbito de lo legalmente aceptado (es decir, situaciones no fraudulentas) debe analizarse a qué se obliga o que pasivo asume la empresa adquirente.

En este caso, el instrumento utilizado por el Derecho Laboral para afrontar esta figura es el principio de continuidad. Al respecto, Neves Mujica nos comenta que en esa "dirección apunta la solución que debe darse al supuesto en el que el empleador sea una persona jurídica: si se disuelve y liquida esta, las relaciones laborales se extinguen, previo procedimiento administrativo (...); pero si de transfiere a otros propietarios o se fusiona con otra empresa (...) o se escinde en dos o más unidades, en atención al mismo principio mencionado, entonces los contratos laborales prosiguen"[42]. Supone pues la continuación del contrato de trabajo.

En el mismo sentido, Toyama Miyagusuku afirma que "la razón que justifica la vigencia de las relaciones laborales a pesar de la subrogación o suplantación de la parte empleadora reside en el llamado principio de continuidad que predica la idea de atribuirle la más larga duración a la relación laboral. En este sentido, como se prosigue con la misma empresa o el mismo giro del negocio, no hay razón que permita suponer la terminación del contrato de trabajo: la relación laboral continúa a pesar de esa sustitución"[43].

La aplicación de este principio además se hace más necesaria, o hasta indispensable, en legislaciones como la nuestra en la que no se prevé regulación alguna. Así pues, Ugaz Olivares manifiesta que "tal omisión es compensada con el principio de continuidad del contrato de trabajo. En efecto, la relación contractual laboral admite que la parte empleadora sea sustituida en cambio, no consciente que tal circunstancia suceda con el trabajador"[44].

En la actualidad el ordenamiento peruano no regula específicamente las consecuencias de la transmisión de empresas, salvo en materia de relaciones colectivas de trabajo, cuando el artículo 43° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR) establece que el convenio colectivo "continúa en vigencia, hasta el vencimiento de

(41) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 130.
(42) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 35
(43) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 28-29.
(44) UGAZ OLIVARES, Mauro. "Transmisión de empresa y convenio colectivo". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009, p. 401.

su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares".

Ahora, si bien la transmisión de empresa puede suponer una extinción total del ente titular del negocio, ello no siempre va a ser así. En efecto, la transmisión de empresa puede suponer también que el antiguo titular del negocio se incorpore a un nuevo todo sea por una fusión (que da origen a una nueva persona jurídica) o una absorción (que supone la dilución del antiguo titular en otra ya existente). Asimismo, la transmisión puede suponer la división del titular en dos personas jurídicas distintas, lo que supone una escisión. Estos fenómenos son conocidos como supuestos de reorganización y "forman parte de una fenomenología mucho más compleja, que más que al status jurídico de la empresa atañe a una de las fórmulas de actividad financiera más consolidada (la circulación accionarial como inversión y como instrumento de concentración de capitales)"[45].

En estos casos, el ordenamiento societario le da una mano al laborar, permitiendo que, de forma conciliada con la finalidad de este último, pueda encontrar medidas para la protección de trabajadores afectados con la situación presentada. Así pues, el artículo 344 de la LGS establece que "la absorción por una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personería jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas". Ello sustentaría el mantenimiento de las relaciones laborales existentes a la fecha de la absorción y de las deudas que de estas puedan derivarse. Lo mismo sucedería en el caso de la escisión, a partir de lo señalado por el artículo 367° de la LGS, que señala que "por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos y las formalidades prescritas por ley". Dentro de ese patrimonio estará considerado el pasivo laboral existente[46].

Por su parte, la jurisprudencia ha resaltado la obligación del titular adquirente de asumir las obligaciones laborales del titular anterior fundamentando ello en el mantenimiento de la misma empresa. Así pues, la Casación N° 991-2005-La Libertad, estableció que "cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor la unidad económica y social que constituye la empresa sigue siendo la misma. En base a los anterior, la Corte en este caso concluye que la empresa receptora deberá abonar los derechos sociales por todo el récord laboral del trabajado transferido". Incluso, la Corte Suprema, tal como

(45) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "Fusiones y escisiones: aspectos laborales". En: *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Trotta, Madrid, 1994. p. 117.
(46) Un análisis en este sentido lo encontramos es realizado por Toyama Miyagusuku (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pp. 30-31).

podemos comprobar en la Casación N° 760-96[47], ha extendido tal obligación a derechos de cualquier origen (legal, convencional o contractual), e incluso habiendo existido una renuncia expresa a la facultad de exigir tales derechos, en lo que entendemos corresponde a una particular aplicación del principio de irrenunciabilidad (recuérdese que el mismo no es aplicable en caso de derechos de origen contractual.

Sin perjuicio de todo lo antes señalado, debe quedar de manifiesto que la transmisión de responsabilidad no puede suponer el darle validez a pactos celebrados con miras a causar un daño al adquirente. En ese sentido, Luque Parra señala que "las condiciones de trabajo cuyo mantenimiento debe respetarse son todas aquellas que se venían disfrutando con anterioridad y que no tuviesen su origen en un pacto individual o colectivo fraudulento con el objeto de perjudicar la posición del empresario cesionario"[48].

Por último, el PLGT, al igual que en el caso del grupo de empresas, también contiene algunas disposiciones en relación a la reorganización de empresas y la transmisión de empresas. En efecto, en su artículo 9° establece que, en caso de reorganización empresarial, por cualquier forma (fusión, absorción, escisión, u otra distinta) las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados. Además agrega que "los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresas y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados".

En relación a la transmisión de empresas, el artículo 10° del PLGT regula la obligación del empleador sustituido, o en su defecto, del adquirente, de notificar del traspaso a los trabajadores y sus representantes. También establece la responsabilidad obligatoria del sustituido y el adquirente, por las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al primero, de origen contractual, convencional o legal, nacidos antes de la fecha de sustitución. Finalmente, dispone que el adquirente responda por las obligaciones nacidas después de la sustitución.

1.3. La subcontratación: la extensión de la posición de empleador por el destaque o desplazamiento de trabajadores

La subcontratación supone en nuestros días uno de los supuestos de contratación más frecuentes. Sin embargo, no ha dejado de ser el más controvertido. Tanto en su versión de intermediación laboral como en la tercerización, ha sido objeto de un debate constante.

(47) El citado pronunciamiento señaló, refiriéndose al proceso de escisión de Electrolima S.A., que dio origen a Edegel, Edenor y Edelsur, que "las nuevas empresas debían asumir deben asumir la carga laboral existente y respetarse los convenios colectivos, laudo arbitrales y demás actos jurídicos celebrados".

(48) LUQUE PARRA, Manuel. "Transmisión de empresas: consecuencias jurídicas". En: *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 247.

Si bien hay quienes ven a esta figura, y en especial a la tercerización, como un instrumento de desarrollo y crecimiento[49], una buena parte de la doctrina ha dejado entrever la preocupación que su uso supone para los derechos laborales.

Al respecto, Ojeda Avilés ha manifestado que "a diferencia de cuanto veremos en otras figuras que han contribuido a la deconstrucción del Derecho del Trabajo, la de las contratas y subcontratas es tan vieja como la propia economía de mercado, de donde la labor que hemos de abordar en este momento consiste no tanto en analizar su identidad, cuanto en ponderar cómo ha evolucionado tan antigua figura para adoptar un perfil tan moderno, capaz de impregnar las áreas más avanzadas de la tecnología y de construir el *outsourcing* estratégico en el corazón de las empresas"[50].

La preocupación frente a esta situación la ponen de manifiesto Ermida Uriarte y Cotoluzzo cuando afirman que "desde la perspectiva de los trabajadores la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso, paso que no solo se da muy frecuentemente, sino que además, en muchas ocasiones es el objetivo perseguido o uno de los objetivos perseguidos"[51].

En todo caso, a nuestro entender, los procesos de subcontratación nunca suponen una ventaja o mayores derechos para los trabajadores, o por lo menos, no lo supone sin que con ello se afecte a otros trabajadores[52]. Siendo así, el papel que juega el derecho del trabajo en este ámbito es evitar que la utilización de estas figuras por parte de las empresas, absolutamente legítima, no afecte gravemente los derechos de sus trabajadores, y menos aún, sean implementadas con dicho objeto.

Con dicho fin, es importante identificar en qué supuestos la subcontratación puede ser cuestionada. Sobre el particular, recogiendo lo señalado por Arce Ortiz[53], podemos hablar hasta de tres supuestos distintos. El primero, el de la empresa pantalla estructural, en el que dicha empresa entabla sus negocios jurídicos con un soporte empresarial básico que le permita dirigir la labor de sus trabajadores, es decir, contratistas sin materiales de trabajo o medios de producción propios. En este caso, tales materiales o medios de producción son entregados o arrendados

(49) Puede revisarse CORNEJO VARGAS, Carlos. "Tercerización de Servicios: Expresión legal de una manera eficiente de hacer empresa". En: *III Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*. SPDTSS, Lima, 2008. p. 105 y ss.

(50) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*. La Ley, Madrid: 2010. p. 123.

(51) ERMIDA URIARTE, Oscar y Natalia COTOLUZZO. *Descentralización Tercerización Subcontratación*. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2009. p. 18.

(52) Un amplio estudio de las consecuencias de estos fenómenos lo podemos encontrar en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico". En: *Ius et Veritas*. N° 29. Lima, 2004. p. 143 y ss.

(53) ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006. pp. 27-28.

por precio simulado por la empresa que contrata el servicio. El segundo supuesto es el de la empresa pantalla coyuntural, en cuyo caso la citada empresa tiene recursos materiales propios, pero no los utiliza en negocios jurídicos puntuales. Si bien cuenta con actividad empresarial propia, contando con trabajadores y medios de producción, en determinados negocios jurídicos actúa como prestamista laboral. Y finalmente, tenemos el caso de las empresas que tienen elementos materiales y personales propios, pero tal situación es meramente formal, en tanto dejan el poder de dirección del personal encargado del servicio objeto de subcontratación a la empresa que contrata el mismo. En este caso, el contratista sería un empresario mercantil real o verdadero, aunque al no ejercer el poder de dirección no puede ser considerado empleador.

Para el citado autor, "en estos casos solo cabe aplicar el fraude de ley. Y ello, porque se están utilizando mecanismos aparentemente lícitos, como lo es la subcontratación, para encubrir reales sesiones de mano de obra. El efecto de ello, no se debe a otro que el de desarticular el montaje fraudulento y aplicar la norma que corresponde al caso concreto"[54].

El ordenamiento laboral ha respondido a estos casos, tanto normativa como jurisprudencialmente, alegando la desnaturalización de la subcontratación o aplicando el principio de primacía de la realidad, declarando la existencia de una relación laboral entre los trabajadores y las empresas contratantes del servicio.

Así pues, en el ordenamiento peruano se regulan supuestos de desnaturalización tanto para la intermediación (artículo 5° de la Ley N° 27626) como para la tercerización con desplazamiento de personal (artículo 5° de la Ley N° 29245). La consecuencia de esta desnaturalización es la declaración de existencia de una relación laboral entre el trabajador de la empresa contratada y la empresa contratante. Es cierto, sin embargo, que algunos de los supuestos de incumplimiento suponen un incumplimiento de un requisito formal, en cuyo caso, como hemos mencionado en líneas anteriores, estamos ante el tratamiento de la desnaturalización como una sanción.

Tal desnaturalización también ha sido recogida por la jurisprudencia. Como ejemplo de ello podemos mencionar la STC Exp. N° 06371-2008-PA/TC, que en un supuesto de intermediación declaró fundada la demanda de reposición por desnaturalización fundando su decisión en que "los servicios que venía prestando la demandante non obedecían a una necesidad complementaria" sino "labores que constituyen actividad principal y permanente de la empresa requirente". En un supuesto como este, el fraude no responde a como maneja la empresa su sistema de producción sino en las labores del trabajador, cuya contratación bajo la modalidad comentada no es permitida por ley.

(54) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 29.

Ejemplos similares se presentan a nivel administrativo, en el cual se ha declarado la desnaturalización de la tercerización cuando "las actividades de la empresa referida no se realizan por cuenta propia y con sus propios recursos financieros, al haber recibido ésta de la principal mediante un contrato de mutuo una suma de dinero" (Resolución N° 005-2009-Piura)[55]. En materia de intermediación, a nivel administrativo se ha concluido que "la empresa inspeccionada no es una de intermediación laboral ni de tercerización (...) más aún si se tiene en cuenta que el gerente general de la empresa de intermediación asuma la misma función en la empresa usuaria" (Resolución N° 019-2008-Amazonas)[56].

Sin embargo, además de la utilización de la desnaturalización, y a efectos de establecer una garantía constante, tanto en materia de intermediación y de tercerización con desplazamiento, se ha establecido la responsabilidad solidaria entre la empresa contratante y la contratada frente a los derechos de los trabajadores de esta última.

En el caso de la intermediación la solidaridad resulta aplicable ante la insuficiencia de la fianza que debe ser otorgada por la empresa de servicios o la cooperativa de trabajo (artículo 25° de la Ley N° 27626), y alcanza solo a deudas de origen legal y convencional (artículo 26° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR).

En cuanto a la tercerización, se establece la solidaridad permanente hasta un años después de culminado el desplazamiento (artículo 9° de la Ley N° 29245). Tal solidaridad se limita a únicamente a las obligaciones derivadas de normas legales (artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1038).

Es importante observar que la solidaridad cubre supuestos de intermediación y tercerización legalmente permitidos, mientras la desnaturalización cubre supuestos de ilegalidad, sea por incumplimiento de requisitos sustantivos como meramente formales.

Para concluir, es importante mencionar lo establecido en el PLGT, en el cual, además de modificarse algunos conceptos (entre los que destaca la incorporación de las actividades complementarias como objeto de tercerización), se establece la solidaridad (que alcanza solo a derechos de origen legal) además de las situaciones en las que hay destaque o desplazamiento, cuando no lo hay pero la empresa que presta el servicio lo hace de manera exclusiva a la contratante, o forma con esta parte de un grupo económico (artículo 72°). Asimismo, haciendo referencia a la aplicación del principio de primacía de la realidad, el PLGT prevé la desnaturalización de la subcontratación en aquellos casos en que se presenta un fraude o se

(55) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Augusto EGUIGUREN PRAELI. Ob. cit., p. 105.
(56) Ibídem, p. 99.

configura una infracción de los supuestos de procedencia establecidos para cada caso (artículo 70°).

Si a ello podemos agregar que se establece el derecho de los trabajadores de la empresa contratada bajo tercerización a percibir utilidades de la empresa contratante (artículo 218°), puede observarse que el esquema propuesto es aún más proteccionista que el actual.

1.4. La persecutoriedad: la extensión de la posición de empleador por los bienes

En este acápite dedicado a la posición de empleador, trataremos la figura de la persecutoriedad de los bienes del negocio, a partir de la cual, los bienes del empleador quedan gravados por las deudas que mantiene con sus trabajadores, pudiendo estos rematar el mismo aún cuando la propiedad hubiese sido transferida. Siendo así, podría considerarse que, para efectos del cobro de una deuda laboral, la posición de empleador se extiende al adquirente de un bien de la empresa contratante.

El fundamento de esta institución está en el carácter preferente de las acreencias laborales sobre las de otra naturaleza, así como en que "el típico mecanismo de evasión del privilegio laboral es que el empleador proceda con transferencias de sus bienes a terceros para evitar que el crédito laboral privilegiado pueda ser ejecutado"[57]. Al respecto, la Corte Suprema ha descrito esta figura de la siguiente manera:

> "Que, en lo concerniente al carácter preferente de los adeudos laborales, su naturaleza reposa en el hecho de que la relación genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el trabajador y el empleador. La primera está referida a las condiciones laborales mientras la segunda, es una garantía que vincula el patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales. Segundo: Que, la acción persecutoria tiene por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quien o quienes ejercen actualmente la posesión de los bienes de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador, de lo que se trata es de identificar los bienes, tener certeza de que pertenecieron al empleador deudor; y eventualmente, realizarlos" (Casación N° 341-2000-Lima).

Sin embargo, considerando sus efectos, que afectan definitivamente a terceros, los supuestos en que puede materializarse esta institución deben ser limitados. Su aplicación general y libre podría llevar a una situación de inseguridad jurídica

(57) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Derecho persecutorio laboral sobre el ex patrimonio del empleador". En: *Gaceta Jurídica*. N° 75. Lima, diciembre 2004. p. 189.

grave. Ello puede explicarse afirmando que "existe una razón de fondo que imposibilita que pueda atribuirse efecto persecutorio per se a los créditos laborales: la ausencia de un signo de recognocibilidad o, en otras palabras, la falta de elementos que publiciten el derecho"[58]. En ese sentido, "se suele establecer un periodo en el cual se presume que toda transferencia es calificada como evasión en el cumplimiento de obligaciones laborales (fuero de atracción) o se analiza simplemente las actitudes –conductas dolosas o culposas– del empleador de no abonar las remuneraciones y beneficios sociales"[59].

Siguiendo la línea citada, la legislación peruana ha previsto la aplicación de la persecutoriedad en supuestos taxativamente establecido. Así pues, el Decreto Legislativo N° 856 establece lo siguiente:

> "Artículo 3°.- La preferencia o prioridad (...) se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:
>
> a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
>
> b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo".

Pese a lo antes señalado, la jurisprudencia ha optado por considerar que limitarse a los supuestos establecidos por ley afectaría el carácter preferente reconocido por el artículo 24° de la Constitución e incluso, principios constitucionales como el *in dubio pro operario*. La posición de la Corte Suprema sobre el particular puede graficarse de la siguiente manera:

> "Quinto.- Pues bien, el artículo 24° de la Constitución Política establece, en su segundo párrafo que 'el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador'.

(58) MESINAS MONTERO, Federico G. "Ineficacia de los actos del empleador por fraude o en periodo de sospecha (crítica a la persecutoriedad)". En: *Actualidad Laboral* N° 156. Lima, noviembre 2006. p. 32.
(59) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Derecho persecutorio laboral...". Ob. cit.

> Es decir, que dicha norma constitucional no establece ningún requisito o condición previa para que los trabajadores sean pagados de manera preferente a otros acreedores. Sin embargo, el Decreto Legislativo Nº 856, en sus artículos 3° y 4° establece condiciones no previstas por el legislador constituyente, es decir, el contenido del citado Decreto Legislativo resulta incompatible con lo normado en la Constitución. Sexto.- Consecuentemente con lo anterior los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo Nº 856, importaría la violación de los principios de jerarquía, de supremacía de la Constitución y del *in dubio pro operario*...". (Casación Nº 2335-2003-Lambayeque).

A nuestro entender, esa concepción abierta de los supuestos en los que puede aplicarse la persecutoriedad, si bien tiene lógica desde la finalidad tuitiva del derecho laboral, resulta excesiva considerando el perjuicio que puede causar a un tercero de buena fe.

Tal situación constituye, entonces, un supuesto en el cual, la regulación legal ha respetado los límites adecuados, pero la jurisprudencia ha excedido los mismos sin medir las consecuencias.

En esa lógica, el PLGT propone una lista de casos en que procede la persecutoriedad, que aunque más larga, también es taxativa (artículo 232°)[60].

A nuestro entender, si bien algunos de los supuestos merecerían algunas precisiones, la lista se orienta en el sentido de resguardar el derecho de terceros, y con ello no constituye una protección desproporcionada de los derechos laborales en juego.

1.5. El caso de la franquicia

Aunque menos frecuente que el resto, el contrato de franquicia también constituye una figura que puede ayudarnos a entender la relación entre el Derecho Laboral y el Societario.

(60) La lista incluye los siguientes supuestos:
- Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor.
- En los casos extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, al comprobarse que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción o abandona el centro de trabajo.
- Cuando los acreedores del empleador hayan embargado un tercio o más de los activos de este o solicitado la ejecución de garantías respecto de igual proporción de los activos.
- Cuando el empleador adeuda cincuenta por ciento (50%) o más de las remuneraciones y beneficios de sus trabajadores durante más de tres meses consecutivos.
- Cuando un proceso judicial del empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda.

En esa línea, podemos mencionar al contrato de franquicia. Como característica relevante de esta figura, podemos señalar que "los establecimientos ajenos –los franquiciados– coexisten con los propios de la empresa fundadora de una relación aparentemente unitaria, puesto que su rasgo característico radica justamente en llevar al usuario la impresión de que se trata de la misma empresa, la fundadora, y no de alguien ajeno que adopta su estilo y vende sus productos como forma de obtener un beneficio"[61].

La problemática de este tipo de contratos lo grafica la jurisprudencia española cuando señala que "si el titular de la marca o red comercial lleva un control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso de trabajo, lleva a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal mercantil franquiciado, por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal el empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados" (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 14 de enero de 2005).

2. Tratamiento del tema desde la posición del trabajador

Para concluir con este trabajo, y esta vez desde la posición del trabajador, nos gustaría tratar algunas figuras que son viables desde el Derecho Societario, pero que merecen algunos comentarios desde la visión del Derecho Laboral.

2.1. La figura del gerente general nominativo (para efectos societarios)

El primer caso está referido al caso de los gerentes generales nominativos, es decir, aquellos que son designados en dicho cargo pero no realizan las labores propias de un gerente, sino únicamente las formales, constituidas esencialmente por la firma de documentos oficiales de la sociedad.

Al respecto, debemos empezar por dejar en claro la calidad de trabajador del gerente general, cuando cumple íntegramente las labores de gerencia encomendada, es decir, cuando gerencia. Si bien la calidad de trabajador ampliamente calificado le da un estatus especial, a nuestro entender es imposible negar su situación de subordinación. Ello, sin embargo, no deja de constituir determinada problemática que grafica Martínez Moreno al indicar que "uno de los problemas de mayor relevancia que, desde el punto de vista jurídico-laboral, se plantea en torno a la prestación de servicios de los altos directivos de las empresas y, en particular, en torno a su régimen jurídico, se refiere al modo de ejercicio de sus funciones y a si en ellas concurre o no la nota de dependencia propia de los trabajadores asalariados"[62].

(61) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 236.
(62) MARTÍNEZ MORENO, Carolina. *La Relación de Trabajo Especial de Alta Dirección*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994. p. 147.

Como hemos mencionado, consideramos que resulta innegable que el gerente general cumple con su labor bajo una relación de subordinación. En esa medida, coincidimos con Pasco Lizárraga cuando afirma que "aunque nunca debe desdeñarse el poderío de la audacia, cabe asumir como valor entendido que el desempeño del cargo de de gerente de una sociedad coloca a quien lo ocupa en situación subordinación frente a la misma"(63).

Tal situación de subordinación puede explicarse afirmando que "la dependencia técnica en este sentido estricto fue sustituida por una diferente acepción de la misma que la identifica con un poder de significado puramente organizativo y de carácter y alcance general, que solo ostenta el propio empresario, equivalente a la facultad de organizar y orientar su negocio. El ejercicio de estas facultades concurre en casi todos los casos, aún en los que los supuestos de trabajo de las elevada cuantificación"(64).

Lo antes señalado puede ser confirmado si consideramos que "el gerente ostenta dos características que harían cuando menos difícil, y en nuestro concepto imposible, sostener que no se encuentra subordinado. En primer lugar, por que forma parte integrante, indesligable, de la estructura orgánica de la sociedad, de la empresa. La conforma desde dentro, es parte de ella, al extremo que solamente a través de los actos del gerente (y quienes con él la componen) aquellas pueden actuar en el mundo real. (...) En segundo lugar, por que el gerente tiene por definición, entre sus principales obligaciones, la de acatar las directivas que les cursen los órganos sociales de superior jerarquía. (...) Quiere decir que con todo el poder interno que le supone integrar la cúpula administrativa de la sociedad, es inherente al ejercicio del cargo el sometimiento del gerente a los mandatos y determinaciones del directorio, es caso de existir, o de la junta general, en todos los casos" (65).

Ahora bien, la discusión pendiente sería determinar si un gerente general puede ser designado bajo esa calidad y no ser considerado trabajador, o si en todo caso, la carga de la prueba de una situación contraria le corresponde a él.

Desde nuestro punto de vista, y tal como es aceptado por el Derecho Societario, la figura de un gerente general nominativo, es decir, solo para efectos tributarios puede ser admitida. Sin embargo, consideramos que se trata de un supuesto excepcional y que el gerente general, por regla, es trabajador. Siendo pues la figura bajo comentario una excepción es el empleador, en cualquier supuesto, el que debe acreditar que la designación no supuso la existencia de una relación laboral,

(63) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. "Sugerente sociedad. Algunos Aspectos del contrato de gerencia frente a la legislación laboral". En: *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*. SPDTSS, Lima, 2008. p. 149.
(64) MARTÍNEZ MORENO, Carolina. Ob. cit., p. 180.
(65) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. Ob. cit., p. 152.

o tal vez, ni siquiera una prestación (lo que puede resultar más discutible considerando que algún servicio se cumplió más allá de que no haya existido pago alguno).

Lo antes señalado, en nuestro contexto actual, se ve reforzado por la presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) según la cual, acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. En todo caso, el tema se centrará en la acreditación de la prestación de servicios, para lo cual el demandante tendrá posibilidad de alegar las presunciones e indicios que considere pertinente, a lo que se puede suma la regla de experiencia (utilizada por los jueces para resolver conflictos sometidos a su competencia), que en este caso, entendemos, jugaría a favor del gerente.

Solo para concluir, recientemente, mediante la RTF N° 3193-5-2012, el Tribunal Fiscal ha reiterado su posición en relación a que las funciones de dirección no implican necesariamente la existencia de una relación laboral, pues estas pueden brindarse mediante un contrato de naturaleza civil. Consideramos que se trata de una opinión bastante discutible en la medida que quién dirige ocupa, en esa instancia, la calidad de empleador a través de una delegación que se explica justamente en una relación de dependencia a este. Si ello no se justifica en una figura como la del contrato de gerencia (que como veremos más adelante, es de por sí discutible), consideramos que estamos ante una situación en que la relación laboral puede presumirse. De esta forma, este ejemplo nos muestra como la interrelación del Derecho Laboral con otras ramas del Derecho, en este caso, el Tributario, siempre puede tener puntos de conflicto.

2.2. La contratación de empresas unipersonales para la prestación de servicios personales

Esta figura nos presenta la posibilidad de que personas naturales constituyan personas jurídicas de manera individual, tal como sucede en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL). En términos generales se conoce a esta figura como empresas unipersonales.

En la práctica, tal figura societaria se ha constituido en una de las formas más comunes de tratar de ocultar la existencia de una relación laboral. Y decimos "tratar" pues, en la mayoría de casos, tal intento ha sido superado ampliamente por la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Aún cuando en nuestro ordenamiento no se ha constituido en una situación alarmante gracias a la reacción inmediata de los operadores del derecho, asombra verificar que en otros ordenamientos no ha sucedido lo mismo, al punto de considerar

su crecimiento como uno de los caminos para la reducción del número de beneficiarios del derecho del trabajo[66].

En todo caso, se trata de una fórmula societaria que es materia de cuestionamiento constante desde el ámbito laboral, y que lleva a que quien contrata a una persona jurídica de esta naturaleza se vea obligado a reunir elementos suficientes que le permitan probar tal calidad, a efectos de deslindar cualquier obligación de naturaleza laboral.

2.3. El representante de la empresa gerente

Esta figura nace de la posibilidad de que una persona jurídica puede ejercer la gerencia de otra persona jurídica, nombrando para ello a una persona natural que la represente y que asuma las responsabilidad de cualquier gerente (artículo 193° de la LGS). Es cierto pues que "la sociedad gerente no es ni podrá ser trabajador, y ciertamente no está protegida por la normativa laboral, pero la sociedad gerenciada mantiene sobre la misma todo el poder que tiene sobre sus trabajadores, y la sociedad gerente tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que tienen los trabajadores de la sociedad gerenciada"[67].

Siendo ello así, la posición del representante nombrado por la empresa gerente, puede colocar a la empresa gerenciada en calidad de empleadora de este, o por lo menos puede llevarnos a afirmar que estamos ante una ficción legal. Ello, toda vez que "sin ser trabajador de la sociedad gerenciada, y sin desmedro de la importancia de la sociedad gerente, el representante es quien asume la principal y por poco la única actividad física, tangible del contrato. Se trata casi de una ficción legal, soportada principalmente por la autorización normativa, aunque también por los límites que tiene la sociedad gerenciada frente al representante. Al no ser este su trabajador, y ni siquiera estar vinculado contractualmente con la misma, la sociedad gerente carece de poderes directos sobre él: aunque le dé órdenes todos los días, no lo puede sancionar, ni lo puede despedir. Para prescindir de sus servicios, tendrá que solicitar su sustitución a la sociedad gerente –de acuerdo a lo que contractualmente se haya estipulado en este materia– o remover a la sociedad gerente; cualquier acto directo sobre el representante carecería de eficacia jurídica"[68].

La problemática en este caso gira entonces alrededor de que "en el, a veces extraño ámbito llamado realidad, el representante está reflexionando, tomando decisiones y ejecutándolas no solo por su representada, sino también por la sociedad gerenciada, pues ambas operan – como todas las personas jurídicas – solo mediante actos de personas naturales, y él es la persona natural que actúa por ambas. Él es

(66) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "La coyuntura del Derecho Laboral en el Pensamiento Iuslaboralista". En: *Estudios en Homenaje al Profesor Héctor - Hugo Barbagelata*. Montevideo, 1997. p. 387.
(67) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. Ob. cit., p. 152.
(68) Ibídem. p. 154.

quien asiste a las negociaciones de un contrato y quien los firmará; el quién adopta las medidas diarias de dirección de la empresa; el quien –como establece la normativa laboral al describir a los trabajadores de dirección– sustituye a la sociedad gerenciada cuando ejerce su representación frente a otros trabajadores o a terceros, así como las funciones de administración y control; él quien recibe las felicitaciones o admoniciones de los directores y sus llamadas telefónicas"[69].

Siendo ello así, se trata de una figura en la que los límites y zonas grises constituyen una materia que puede ser objeto de discusiones interesantes.

2.4. El agente comercial

Por último, tenemos el caso de aquella persona (agente) que celebra un contrato con una empresa, por el cual se obliga frente a ésta, de manera continuada o estable y a cambio de una retribución, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena.

Si bien el "rasgo distintivo capital estriba en que el agente desarrolla su actividad con independencia"[70], en los supuestos en que el contratado sea una persona natural (incluso, en los supuestos que esté recubierto por una figura de empresa unipersonal) considerando las características de este contrato, debe tenerse presente que la posibilidad de que, por la forma en que se preste el servicio, la relación sea considerada como laboral estará latente. La situación se hace aún más contingente si se presentan indicios que pueden llevar a considerar que estamos ante un encubrimiento de la relación laboral, tal como puede suceder si quien es contratado prestó servicios antes a la empresa contratante en calidad de trabajador.

VI. REFLEXIÓN FINAL

De lo revisado en el presente trabajo, hemos podido apreciar que existe un constante cambio en las relaciones comerciales y las formas de manejarlas, lo que definitivamente tiene implicancia en el manejo de las relaciones laborales. Constituye, entonces, un reto para el Derecho Laboral adaptarse a las nuevas situaciones, siendo conciente de la cada vez más frecuente interrelación con otras ramas del Derecho.

(69) Ídem.
(70) GINES I FABRELLAS, Anna. "En las fronteras del Derecho del Trabajo: Contratos de Agencia y de Transporte". En: *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. La Ley, Madrid, 2007. p. 492.



PONENCIAS LIBRES

¿ES RESPONSABLE UNA EMPRESA MIEMBRO DE UN GRUPO ECONÓMICO FRENTE A LOS ADEUDOS POR CONCEPTO DE CRÉDITOS LABORALES QUE TUVIESE PENDIENTE DE PAGO OTRA DE LAS EMPRESAS INTEGRANTES?

Esther Blanca ÁNGELES SOLANO
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; especialista en Derecho Laboral con interés en relaciones laborales.

SUMARIO

I. Reconocimiento de la condición de grupo de empresas dentro del ordenamiento jurídico peruano. **II.** Otras fuentes de reconocimiento de los grupos económicos dentro del ordenamiento jurídico peruano. **III.** El Grupo de Empresas como empleador. **1.** Preliminares: noción de empleador dentro del ordenamiento jurídico peruano. **2.** Posibles criterios para la determinación del Grupo de Empresas como Empleador dentro de nuestro ordenamiento. **IV.** La concepción realista del grupo de empresas como empleador aplicable al contexto peruano. **V.** La responsabilidad solidaria del Grupo de Empresas frente a la asunción de adeudos de naturaleza laboral. **1.** La solidaridad en el ámbito laboral. **2.** Supuestos de responsabilidad solidaria del grupo económico frente al pago de adeudos laborales. **VI.** Conclusiones

El presente artículo tiene como finalidad determinar criterios para considerar a un grupo económico como empleador, y como consecuencia de ello, las fuentes legales previstas en nuestro ordenamiento a partir de las cuales puede decirse que todas las empresas integrantes de un mismo grupo económico son responsables solidariamente por los adeudos laborales que alguna de ellas hubiese contraído con los trabajadores.

Resulta de la mayor importancia prestar atención a una figura como la presente pues, si bien los grupos de empresas tienen presencia actual en el mundo de

los negocios, a la fecha no cuentan con una regulación laboral específica al respecto de la asunción de deudas contraídas como empleadores.

Inclusive, tampoco se ha previsto dentro de nuestro ordenamiento la fuente a partir de la cual las empresas integrantes del grupo económico, de ser el caso, son responsables solidarias de los adeudos laborales pendientes de pago frente a los trabajadores del grupo, atendiendo a lo prescrito en el artículo 1183 del Código Civil.

Espero que en el presente trabajo se resuelvan cada una de estas interrogantes de modo acertado para el contexto jurídico-laboral peruano.

I. RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE GRUPO DE EMPRESAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La definición de grupo de empresas o grupo económico ha sido proporcionada en varios ámbitos del Derecho sin perjuicio de que, como es claro, cada una de dichas concepciones ha sido elaborada con eficacia particular.

Efectivamente, tanto en materia de mercado de valores mediante el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos así como en materia financiera a través de las Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, se ha definido el concepto de "grupo de empresa".

Ahora bien, en el ámbito de mercado de valores, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, Conasev) ha definido la existencia de un grupo económico el "control" entendido como "capacidad para dirigir". Adicionalmente, se ha presumido una situación de control cuando se observe la presencia de personas jurídicas vinculadas.

En esa misma línea, en materia financiera, la SBS ha concebido la existencia de un grupo de empresas sobre la base de la presencia de "control" y, como supuesto adicional, de una "unidad de decisión". Asimismo, ha fijado como criterio no exclusivo para la determinación de un grupo económico la "vinculación por riesgo único" entre las empresas integrantes del grupo económico y, entre estas y las personas naturales en posición de control.

De otro lado, en materia tributaria, el tratamiento dado a los grupos de empresas no ha sido tan específico como en los casos precedentes ya que, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta así como el Reglamento, ambos, han preferido hacer alusión a "partes vinculadas", concepto que, nos queda claro engloba a los grupos de empresas pero no es exclusivo en la determinación de estos últimos.

De todo lo expuesto, es claro que nuestro ordenamiento jurídico ha conceptualizado al grupo de empresas (para efectos de mercado de valores, financiero y tributario) sobre la base de la existencia de "control" siendo, la "vinculación económica" únicamente un rasgo obligatorio para la presencia de un grupo económico mas no exclusivo del mismo.

II. OTRAS FUENTES DE RECONOCIMIENTO DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

De otro lado, conscientes de la anomia imperante respecto al tratamiento laboral que debe otorgarse a los grupos de empresas en su calidad de empleadores ha surgido una propuesta de regulación actualmente contenida en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo así como en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 2008.

A continuación, exponemos ambos criterios.

Pleno Jurisdiccional Laboral de 2008 celebrado en Lima los días 27 y 28 de junio de dicho año.

Los días 27 y 28 de junio de 2008 se celebró el Pleno Jurisdiccional Laboral en la ciudad de Lima, provincia y departamento de Lima. En dicho evento, como tema N° 2 se trató la asunción de responsabilidad solidaria por parte de las empresas integrantes de un grupo económico frente a los adeudos laborales que hubiesen surgido con ocasión de la prestación otorgada por un trabajador del mismo.

Así, el punto en controversia fue el siguiente: ¿En materia laboral resulta procedente disponer la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183 del Código Civil o en forma exclusiva y excluyente en los casos regulados por esta norma?

Luego de la votación, se adoptó por unanimidad se arribó a la siguiente conclusión plenaria

> "Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores. Asimismo, acordaron que se presente una propuesta legislativa en el siguiente sentido: Solicitar a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral".

Anteproyecto de la Ley General del Trabajo

Actualmente, el Anteproyecto de la Ley General del trabajo, el cual en sus artículos 6 y 7 ha contemplado, la definición y, de este modo, los requisitos que determinan la presencia de un grupo económico. En efecto, la regulación propone que:

"hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos (...)".

Asimismo, dispone que se presumirá salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando: "Desarrollen en conjunto actividades que evidencian su actividad económica y productiva; exista relación de dominio accionario de una persona jurídica sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueran comunes; los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o, utilicen una idéntica denominación, marca o emblema".

III. EL GRUPO DE EMPRESAS COMO EMPLEADOR

Resulta necesaria la regulación de aquello que debe entenderse como un grupo de empresas en el campo laboral con la finalidad de determinar a qué sujeto, en cumplimiento de determinados requisitos, debe reputársele la condición de empleador, y consecuentemente, la titularidad de deudas laborales pendientes de pago frente a cualquier trabajador del grupo.

1. Preliminares: Noción de empleador dentro del ordenamiento jurídico peruano

En todos los campos de acción jurídica de nuestro ordenamiento (legislativo, doctrinario y jurisprudencial), la relación de trabajo ha sido definida en atención a la existencia de una relación laboral, es decir, a la presencia de los siguientes elementos: (i) subordinación, (ii) prestación personal de servicios y (iii) remuneración[1].

Así pues, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LPCL), sin denotar practicidad, ha definido el contrato de trabajo (prestación personal de servicios subordinada y remunerada) como campo de protección del Derecho al Trabajo y no así, las partes del contrato de trabajo (empleador y trabajador) y el objeto del mismo (prestación personal de servicios).

Olvidó, pues, el legislador que para poder efectivizar el pago de los créditos laborales adeudados resulta más eficiente identificar al empleador, en vez de la sola verificación de la existencia de una relación laboral.

(1) Igualmente, ello es afirmado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 97.

Sin perjuicio de ello, creemos que de los alcances legislativos existentes es posible afirmar qué es empleador, en cierta medida, aquel que posea los tres atributos del poder de dirección, contraparte de la subordinación. No siendo ello, un criterio determinante en el estado actual de las relaciones de trabajo dados los cambios que su planteamiento ha tenido.

Lo mismo ha sucedido a nivel de la doctrina.

Frente a ello, la doctrina nacional ha concebido a la subordinación en términos más amplios. Así, tanto el doctor Blancas como el doctor Arce reconocen la existencia de un contrato de trabajo cuando la prestación del trabajador se desarrolla dentro del "círculo rector y organizativo del empresario" y/o "dentro del ámbito de organización de un empresario", ambos de igual trascendencia.

Específicamente, dichos autores entienden los referidos conceptos de la forma siguiente:

Doctor Blancas:

"La idea, por tanto, de que el trabajador se encuentra subordinado porque debe realizar la prestación del servicio a que se ha obligado acatando las reglas, instrucciones u órdenes del empleador se encuentra sólidamente establecida, pero, con la evolución de las formas productivas y la organización empresarial, se ha flexibilizado. Así se ha llegado a un concepto más amplio, según el cual, para que aquella exista, basta que el trabajador labore dentro del 'círculo rector y organizativo del empresario', aunque en su labor cotidiana goce de un elevado grado de independencia técnica, como ocurre con quienes prestan labores intelectuales o profesionales. **El elemento decisivo en la noción de subordinación es, por consiguiente, el hecho de que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, independientemente de la mayor o menor subordinación técnica o del grado de fiscalización a que esté sometido en el desempeño de sus labores, situación esta que se verifica plenamente cuando el primero realiza su trabajo dentro del marco de la organización empresarial de la que es titular el segundo, lo cual, precisamente por ello, permite distinguir en última instancia el trabajo subordinado del trabajo autónomo o por cuenta propia**"[2] (el énfasis es nuestro).

(2) Ibídem, p. 98.

Doctor Arce:

"El trabajador ha de prestar el servicio a otro, a un empresario, y es éste último el que debe asumir el riesgo de la actividad empresarial. El éxito o fracaso económico de la empresa, no enerva al empresario de sus obligaciones laborales. Así, cumplida la prestación del trabajador, el salario se encuentra garantizado, sea cual fuere el resultado de la actividad dirigida por el empresario. Además, el trabajador ha de estar sometido al poder de dirección del empresario, lo que quiere decir que éste organizará y fiscalizará la prestación del primero e incluso podrá sancionarlo cuando detecte un incumplimiento de sus disposiciones. Hay que tener en cuenta que la dependencia relevante para el derecho laboral es la jurídica (poder organizar, fiscalizar y sancionar), más no la dependencia técnica o de recursos económicos. De este modo, el empresario ejerce su poder directivo cuando programa las fechas y horarios en que se cumplirá la labor, el lugar de ejecución del servicio, dispone las funciones concretas a realizar por el trabajador, supervisa el cumplimiento de sus órdenes , impone una suspensión o despide a un trabajador, entre otras muy al margen de la autonomía técnica o de acción, con que cuente el trabajador en el desarrollo de sus labores, o muy al margen de que el trabajador necesite económicamente trabajar o no"[3].

Entendemos que los criterios empleados por la doctrina nacional para la determinación de este nuevo concepto fluyen de los criterios de "ajenidad" (usado dentro del ordenamiento para la determinación de la actividad objeto de protección del Derecho del Trabajo y no como elemento del contrato de trabajo propiamente) y de "inserción en la organización empresaria", expuestos por los doctores Oscar Emida y Óscar Hernández.

Ajenidad

"En el contrato de trabajo, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador, preste sus servicios personales, de que el producto de lo mismo nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo.

(...)

(3) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores. Lima, 2008, p. 82.

En efecto, solo si el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajenaba los futuros frutos de su trabajo independientemente de la remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos de la empresa, se justificaba que aquél no fuera socio. Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir, por la ajenidad."[4]

Inserción en la organización empresaria

"Esta concepción sostiene que la inserción en la organización empresaria es el hecho que otorga al trabajador, no solo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que, además, le hace sujeto de especial tutela proporcionada por el Derecho del Trabajo. En su formulación más extrema, esta concepción llega a señalar que la relación de trabajo, como vinculación jurídica entre el empresario empleador y sus trabajadores, se conforma en función de las circunstancias fácticas de la incorporación del trabajador a la empresa y no de los acuerdos celebrados entre el trabajador y empleador en el ejercicio de su libertad negocial"[5].

Considero que estos nuevos planteamientos si bien pueden resultar útiles al momento de la determinación de cuándo nos encontramos frente a un contrato de trabajo no solucionan directamente el problema de quién es el empleador. Pues, si bien, como anotamos, los cambios tecnológicos han traído consigo la variación de las relaciones de trabajo, ello no sólo se ha suscitado desde la figura del trabajador (al cual resultan directamente aplicables los criterios antes expuestos) sino que, además, la figura de la persona jurídica como empleador también ha variado no agotándose, actualmente, en este modelo las relaciones de trabajo. Tal es el caso del grupo económico.

La jurisprudencia no ha escapado del análisis tridimensional del contrato de trabajo protegido por el Derecho del Trabajo, en este sentido, el Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Cortes Superiores[6] han emitido pronunciamientos en los términos antes señalados.

(4) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Crítica de la subordinación". En: *Derecho del Trabajo*. Revista Mensual de Jurisprudencia, doctrina y legislación. Año LXIII. Número VIII. La Ley. Buenos Aires, 2003, p. 1178.

(5) Ibídem, p. 1179. Nótese que, los autores consideran que este criterio no resulta un criterio alternativo a la subordinación, sino que ofrece una fundamentación teórica de la misma, igual que la ajenidad.

(6) Nos referimos a las sentencias: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1944-2002-AA, Cas. N° 1760-1997-La Libertad, Casación N° 1739-2003-Puno, Cas.N° 1507-2004-Lima,

2. Posibles criterios para la determinación del grupo de empresas como empleador dentro de nuestro ordenamiento

• Criterio realista

Basado en la aplicación del principio de primacía de la realidad, pretende advertir de los hechos por sobre las formas, la presencia del grupo de empresas como empleador.

Al respecto, el doctor Elmer Arce ha señalado lo siguiente:

> "En suma el Derecho al Trabajo autoconfecciona un concepto de grupo de empresas distinto al elaborado en el orden mercantil, introduciendo un concepto 'realista de empleador', que convierte al grupo de empresas, siempre que su poder unitario incida en lo referido a organización del trabajo, en centro de imputación de su normativa.
>
> Desde este prisma, es claro que no interesa la formalidad jurídica que asume el grupo, sino su comportamiento como empleador en cuanto ejerce el poder de dirección sobre el trabajador, por lo que en términos estrictos basta que la dirección unitaria aborde decisiones de lo que se ha denominado política laboral, para que se configure un grupo a efectos laborales (...)"(7).

• Criterio de conexidad

Este criterio ha sido definido por la jurisprudencia peruana en la Casación N° 474-2003 del 19 de mayo de 2004, en el proceso seguido por Luis Mediana Cueva contra Aerocontinente y Sistema de Distribución Mundial, esta última era subordinada a la primera de las mencionadas.

Efectivamente, en este caso, la Corte Suprema determina que: "atendiendo a la conexidad de las demandadas, y por el reconocimiento de la relación contractual que ambas han efectuado en el transcurso del proceso, y no por el carácter solidario de la obligación" ambas empresas deben responder por el pago de adeudos.

Concordamos con la doctora Herrera, al estimar que el carácter procesal de la obligación de pago de ambas empresas deviene de la vinculación económica advertida fruto de la aplicación del Principio de Primacía de la realidad.

Exp. N° 105-89-1JTA-Arequipa, Exp. N° 4875-2001-B.E.(S), Cas. N° 1698-2004-Puno, Cas. N° 149-2005-Piura.

(7) ARCE ORTIZ, ELMER. "Grupo de Empresas y Derecho Laboral". En: *Revista Ius et Veritas*, N° 26, Año XIII, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 257-258.

> "Aunque la Corte Suprema no lo señale expresamente, creemos que en el fallo comentado ella ha asumido la existencia de vinculación económica en función de lo que denomina conexidad de las codemandadas. La conexidad viene dada tanto por el hecho de que Aerocontinente S.A. era matriz de Sistema de Distribución Mundial, su empresa subordinada, como por sus contratos o relaciones comerciales. También consideró la prestación laboral aparentemente simultánea a favor de ambas empresas.
>
> No es una solidaridad ex lege ni tampoco fruto de un contrato, según refiere la Corte Suprema. La obligación de pago contra ambas, 'es procesal' y 'nace de la sentencia', es decir, que surge a partir de la aplicación del principio de primacía de la realidad, pues la Corte Suprema considera que la asunción de la obligación de pago común a ambas debe ser la consecuencia de la conexidad empresarial y de la prestación laboral en beneficio de ambas"(8).

• Criterio de dirección unitaria

Se ha señalado que es la dirección unitaria el elemento distintivo del grupo: "El grupo surge cuando se activa efectivamente la potencial influencia insita al control, de tal forma que todas las empresas integrantes del grupo quedan sometidas a una común dirección unitaria".

Al respecto, del contenido de la dirección unitaria se plantean nuevas dificultades en su definición, toda vez que la pérdida de independencia de las empresas agrupadas parece un presupuesto imprescindible para la constitución de un grupo de empresas.

IV. LA CONCEPCIÓN REALISTA DEL GRUPO DE EMPRESAS COMO EMPLEADOR APLICABLE AL CONTEXTO PERUANO

En nuestro ordenamiento, no existe una regulación de aquello que debe comprenderse como grupo de empresas.

Sin embargo, es importante recordar la especial relevancia del principio de primacía de la realidad y la forma en que ha sido definida por el Tribunal Constitucional, conforme detallamos a continuación:

Exp. N° 9707-2005-PA/TC (Proceso de Amparo) fundamento seis (6)

> 6. **"La doctrina sostiene, uniformemente, que el principio de primacía de la realidad aconseja que, en caso de discordia entre**

(8) HERRERA GONZALES-PRATTO. *Grupo económico vs. vinculación económica y rasgado del velo societario*. (Versión electrónica).

lo que ocurre en la práctica y lo que indican los documentos sobre acuerdos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero; es decir, la integración prefiere lo que sucede en el ámbito de los hechos. Este principio ha sido definido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 2132-2003-AA/TC y aplicado en las sentencias recaídas en los expedientes 1944-2002-AA/TC, entre otras. De ello resulta que aún cuando exista una Resolución Ministerial que determina la función que el actor desarrollará como Asesor, lo que determina la naturaleza de este nuevo status contractual laboral es la forma en que se lleva a cabo en la práctica dicho trabajo, **operando la preeminencia de la realidad"** (el énfasis es nuestro).

Exp. N° 9951-2005-PA/TC (Proceso de Amparo) fundamento cuatro (04)

4. "Con relación **al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución**, este Tribunal ha precisado en la STC N° 1944-2002-AA/TC, que mediante este principio "(...) **en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos** (fundamento 3)" (el énfasis es nuestro).

En este sentido, siendo el principio de primacía de la realidad plenamente reconocido como fuente de derecho dentro de nuestro ordenamiento consideramos pertinente su aplicación a fin de dilucidar la calidad de empleador que tiene determinado grupo de empresas, considerando que ello ocurre siempre que el grupo de empresas presente los criterios indiciarios que servirán para definir la existencia de un grupo de empresas, serán a nuestro parecer los siguientes:

- Dirección de una política laboral unitaria
- Confusión de trabajadores
- Confusión de patrimonios
- Apariencia externa de unidad empresarial
- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas del grupo
- Creación de empresas aparentes sin sustrato real

V. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL GRUPO DE EMPRESAS FRENTE A LA ASUNCIÓN DE ADEUDOS DE NATURALEZA LABORAL

1. La solidaridad en el ámbito laboral

Una vez que se determina la calidad de empleador del grupo de empresas, es necesario atribuir la responsabilidad solidaria a las empresas integrantes del grupo económico. No obstante, surge la siguiente interrogante ¿bajo qué fundamentos debe ser motivada dicha atribución?

Específicamente, la solidaridad (como término legal) puede ser explicada como la posibilidad que tiene el trabajador de demandar beneficios sociales no solamente a la empresa en la que prestó servicios sino a todo el grupo económico del que la empresa forma parte.

Así, el régimen de responsabilidad patrimonial del grupo de empresas por deudas contraídas por sus integrantes con terceros, según doctrina, puede ser resumido en tres modelos de la forma siguiente[9]:

a) Modelo tradicional, basado en la autonomía de cada integrante del grupo, procediendo la responsabilidad de la totalidad del grupo por los actos de una de las empresas integrantes de suscitarse un supuesto de dolo o fraude.

b) Modelo de unidad de grupo, plantea la responsabilidad solidaria o subsidiaria pero únicamente de la sociedad matriz en caso exista unidad de dirección plena.

c) Modelo dual, prevé regímenes de responsabilidad diferenciados según se trate de grupos económicos de hecho o derecho. Efectivamente, cuando el grupo es fruto de un contrato por el cual una filial se somete contractualmente a la dirección de una matriz, el reverso de tal sujeción es el establecimiento de la responsabilidad de la dominante por las pérdidas que tuviera la filial. En cambio, tratándose de grupos fácticos o de hecho (ausencia de contrato de dominación) la sociedad matriz debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

No obstante, independientemente del modelo que se elija, no podemos olvidar que nuestro ordenamiento sostiene el principio de la personalidad jurídica así como el pacto expreso de la responsabilidad solidaria (artículo 1183 del Código Civil). Siendo ello así, es posible pensar que ambos fundamentos reinantes en nuestro ordenamiento jurídico constituyen aparentemente trabas para el establecimiento de la responsabilidad solidaria a las empresas integrantes de un grupo económico.

(9) GIRGADO, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 32 y ss.

Al respecto, consideramos que ello es errado bajo los fundamentos que seguidamente detallamos:

El **principio de personalidad jurídica**, en términos latos, establece que las empresas formalmente constituidas deberán asumir las obligaciones contraídas con terceros (como por ejemplo, cualquier adeudo pendiente de pago a un trabajador) en su calidad de sujetos de derecho capaces de asumir deberes y derechos. Así, al amparo de este principio, las empresas integrantes de un grupo económico tendrían que asumir individualmente las deudas laborales que el grupo económico del que forman parte hubiese contraído en su calidad de empleador, al no gozar esta última entidad jurídica de personalidad jurídica atribuida.

Al respecto, es claro que no se puede desconocer la personería jurídica de cada una de las empresas integrantes de un grupo económico y más aún no se puede pretender el cobro ilimitado de los créditos laborales de un trabajador. Sin embargo, tampoco puede desconocerse el derecho del trabajador al cobro efectivo de los adeudos laborales que le tuviesen pendientes de pago.

Efectivamente, cuando las empresas integrantes del grupo económico incurren en una serie de incumplimientos laborales o de extinción del contrato de trabajo con la finalidad de aprovecharse de la disociación entre el empresario "*formal*" –que figura en el contrato como empresario que recibe los servicios del trabajador– y el empresario "**real**" –que es quien efectivamente se beneficia de esos servicios del trabajador–, a fin de deslindar de responsabilidad al grupo de empresas que actúa como empleador, corresponde la aplicación del principio de primacía de la realidad. De modo tal que se admita la **extensión de condena de pago de adeudos laborales a todas las empresas del grupo económico** al demostrarse una **actuación fraudulenta de la sociedad como empleadora**, destinada a frustrar los derechos de los trabajadores.

Ciertamente, en dichos casos, no es que se aplique el levantamiento del velo societario para la atribución de responsabilidad solidaria a las empresas que conforman el grupo económico por lo que, no existe tal vulneración del principio de personalidad jurídica sino que se trata únicamente del reconocimiento de una entidad mayor a la persona jurídica que para efectos laborales tiene la posibilidad de que se le realicen atribuciones patrimoniales, en este caso, el pago de deudas. Ello, obviamente, cuando concurren determinados elementos para justamente guardar consistencia con la realidad empresarial, considerando a todas las empresas del grupo como entidad responsable laboralmente, en plena aplicación del principio de primacía de la realidad.

Ahora bien, en cuanto a lo dispuesto en el **artículo 1183 del Código Civil** debemos aclarar que tampoco constituye una traba para la atribución de responsabilidad solidaria por adeudos laborales a las empresas que conforman un grupo económico pues, es dicho dispositivo legal la fuente de la misma conforme explicaremos a continuación.

Artículo 1183.- Forma expresa de la solidaridad

La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen de forma expresa.

La atribución de la responsabilidad solidaria por adeudos laborales a las empresas integrantes de los grupos de empresas se realiza sobre la base de la aplicación del principio de primacía de la realidad en su calidad de fuente normativa de nuestro ordenamiento. Nos explicamos, cuando el artículo 1183 del Código Civil hace referencia a una ley necesariamente quiso hacer alusión a cualquier fuente normativa que inspire nuestro ordenamiento jurídico y, no así sólo a las leyes en sentido estricto.

Por ello, es incorrecto pensar que la atribución de responsabilidad solidaria por adeudos laborales a las empresas integrantes de un grupo económico en virtud del Principio de Primacía de la Realidad implique una contravención al artículo 1183 del Código Civil o, peor aún, afirmar que cabe el apartamiento de dicho artículo al tratarse de un supuesto netamente de orden laboral.

Ambas afirmaciones son totalmente incorrectas ya que, el ordenamiento debe funcionar siempre como un todo ordenado y al no regir el principio de especialidad (por falta de regulación en el ámbito laboral) cabe la aplicación extensiva del artículo 1183° del Código Civil para establecer al principio de primacía de la realidad, en su calidad de fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, como fundamento de la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo económico por los adeudos laborales que hubiese contraído en su calidad de empleador.

2. Supuestos de responsabilidad solidaria del grupo económico frente al pago de adeudos laborales

Siguiendo al doctor Lora, entendemos que los siguientes son los supuestos que en la práctica se presentan con ocasión de la prestación laboral de un trabajador para distintas empresas del grupo y, que en definitiva pueden derivar en la responsabilidad laboral solidaria del grupo económico como empleador:

a) La cesión de trabajadores, esto es, la puesta a disposición del trabajador hecha por la sociedad titular del contrato de trabajo a favor de otra que no lo es.

b) La cotitularidad empresarial, esto es, el pacto por el que acepta por cuenta y orden de todas o varias de las sociedades del grupo.

c) La celebración de contratos sucesivos, previa extinción o suspensión del que unía al trabajador con la sociedad anterior. En estos casos, el trabajador mantiene con las sociedades del grupo más de una relación laboral.

d) Cuando una de las sociedades del grupo desarrolla una actividad de gestión o mantenimiento de servicios comunes al grupo, beneficiándose el resto de las

sociedades de la prestación de un trabajador no integrado a su propia planilla. (...)"[10].

Adicionalmente, existen supuestos de fraude en donde la empresa empleadora ha procedido a la transferencia de bienes a terceras empresas del grupo económico para dolosamente tener un patrimonio insuficiente, donde claramente aplica el reclamo del trabajador por sus adeudos laborales vía persecutoriedad de créditos laborales, herramienta contemplada en el Decreto Legislativo N° 856. En dichos casos entendemos no es necesario que se conciba la responsabilidad solidaria del grupo económico en tanto el ordenamiento jurídico ya ha previsto el mecanismo de tutela correspondiente.

Sin perjuicio de ello, es preciso anotar que dicha medida ha sido concebida de forma deficiente pues si bien goza de sustento material no es menos cierto que no se le ha atribuido una herramienta procesal por medio de la cual pueda plasmarse. Debe pues, el legislador prestar especial atención a esta situación.

En este sentido, serán en los casos en los que siendo el empleador el grupo económico no se advierta un ilícito desarrollado en el Decreto Legislativo N° 856, donde deberá entrar a tallar la figura de la responsabilidad solidaria.

VI. CONCLUSIONES

1. Los criterios para inferir la calidad de empleador de un grupo de empresas son los siguientes:
    - Dirección de una política laboral unitaria
    - Confusión de trabajadores
    - Confusión de patrimonios
    - Apariencia externa de unidad empresarial
    - Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas del grupo
    - Creación de empresas aparentes sin sustrato real

Adviértase que todos esos criterios son indiciarios.

2. La fuente legal a partir de la cual puede deducirse que todas las empresas integrantes de un mismo grupo económico son responsables solidariamente por los adeudos laborales que alguna de ellas hubiese contraído con los trabajadores;

(10) LORA, Germán. "El Grupo de Empresas ¿Entidad Empleadora?" En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Derecho Laboral y Empresa.* N° 58, Año XIX, Editorial Asesora Andina S.R.L., Lima, 2004, pp. 204-205.

es el principio de primacía de la realidad plenamente reconocido como fuente de Derecho dentro de nuestro ordenamiento.

3. La responsabilidad solidaria no contraviene lo dispuesto en el artículo 1183 del Código Civil ya que, el principio de primacía de la realidad es una fuente legal valedera dentro de nuestro ordenamiento. Así, cuando el artículo 1183 del Código Civil hace alusión a ley, refiere a todas las fuentes legales del ordenamiento.

4. Finalmente, no es necesario el levantamiento del velo societario ni el desconocimiento del principio de la personalidad jurídica ya que, la forma de atribución de la responsabilidad aquí establecida no implica un desconocimiento de dichas figuras sino más bien, la superposición de la figura del empleador.

DESVINCULACIÓN LABORAL: UNA MIRADA A LAS FORMAS DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL-TRIBUTARIO

Gianfranco BRINGAS DÍAZ

Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de San Martín de Porres. Miembro Fundador del Círculo de Investigación de Derecho del Trabajo en dicha casa de estudios.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Indemnización por despido arbitrario. **1.** Implicancias fiscales. **III.** Incentivo para constitución de empresas: **1.** Implicancias fiscales. **2.** Problemas ante su otorgamiento. **IV.** Incentivo por renuncia voluntaria. **1.** Implicancias fiscales. **V.** Error frecuente: La compensación graciosa. **1.** Implicancias fiscales **VI.** Gastos deducibles: Requisitos para la deducción de los montos entregados **VII.** Problemas de interpretación en la deducción como gasto de la indemnización por despido. **VIII.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del Derecho del Trabajo es amplio. Si somos perspicaces, nos daremos cuenta que las situaciones descritas en el ordenamiento laboral se relacionan o se vinculan con otras ramas del Derecho, hacia otras disciplinas, singularmente al Derecho tributario o Derecho fiscal comprendido como una rama dentro del Derecho financiero.

Al discutir el tema de la extinción del vínculo laboral, entendido como el quiebre o ruptura de la relación jurídica que pone fin a la obligación del empleador de seguir abonando una remuneración y el cese definitivo del trabajador de seguir poniendo a disposición sus destrezas físicas o intelectuales, cobra importancia

y protagonismo la imposición tributaria al momento que sucede la desvinculación laboral, por cuanto los distintos conceptos que pueden ser otorgados al tiempo del cese también pueden encontrarse gravados.

Parafraseando a Goldberg(1), "la información no se crea en el vacio", y al momento de extinguir la relación de trabajo no es distinto. Contar con información relevante es importante incluso al momento de cesar a un trabajador. Un problema arraigado en nuestra sociedad es que las personas se resisten a involucrarse en la actividad de contar con información relevante antes de tomar una decisión. En ese orden, lo que se busca en puridad con esta investigación, es que el patrón conozca las diversas alternativas que la Ley confiere al momento de concluir el contrato de trabajo.

II. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

El despido es la decisión unilateral del empleador en virtud del cual da por resuelto o extinguido el contrato de trabajo, puede ser justificado (cuando media alguna causal relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador), arbitrario (cuando no existe motivo que justifique el despido), o nulo (en los casos que la ley laboral los considera como tales), y despido indirecto, a través de la hostilización del trabajador(2).

Nos encontramos ante un despido arbitrario en dos situaciones: a) por no haberse expresado causa al momento de desvincular al trabajador; o b) por no poderse demostrar la causa del despido en juicio. Nuestra legislación otorga un mecanismo "reparador" de modo tal que ante un despido arbitrario, se otorgue una indemnización.

El Tribunal Constitucional –TC– en reiteradas oportunidades ha señalado que la indemnización por despido arbitrario tiene como efecto resarcir el daño al trabajador de manera supletoria a la reposición del trabajador, por lo tanto esta indemnización procede siempre y cuando el trabajador no ansie o persiga la reposición(3).

(1) GOLDBERG, Victor P. "Note on Price Information and Enforcement of the Expectation Interest". En: *Readings in the Economics of Contract*, editado por Víctor P. Goldberg. Cambridge University Press, 1982, p. 81.

(2) QUISPE CHÁVEZ Gustavo y MESINAS MONTERO Federico. "El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, edición, enero de 2009, p.111.

(3) La interpretación del artículo 22° de la Constitución, relativo al derecho del trabajo, proyecta sus efectos sobre la interpretación de su artículo 27°, según el cual "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario" norma que nos remite al artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que contiene la regulación legal sobre el despido arbitrario así como su facultad resarcitoria estableciendo que: "Artículo 34.-(...) si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o poder demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente."

1. Implicancias fiscales

La indemnización por despido arbitrario ha sido establecida en el T.U.O de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF- LIR - como ingreso inafecto de tributación.(4) Además, no puede considerarse como renta sujeta a tributo porque no califica como remuneración,(5) su entrega obedece a consecuencia de una compensación o reparación por el despido arbitrario o nulo del trabajador. En ese orden de ideas, el legislador prefirió excluir este concepto del hecho imponible por su naturaleza meramente resarcitoria, siendo por ello exento de aplicación del tributo.

Ahora bien, las indemnizaciones únicamente exentas de tributos son solo las legalmente establecidas en la Ley. **Todo lo que exceda del monto tarifado establecido en la norma –el exceso– no estará fiscalmente exento** y por lo tanto habrá que tributar por ello(6).

La obligación de tributar por el exceso en la renta de la indemnización, es necesario incluso en pactos con carácter obligatorio como son los convenios colectivos, reglamento interno de trabajo, documentos, contratos o cualquier acto de disposición contractual o negocial por encima del límite que determina la Ley.

Nos explicamos con un ejemplo gráfico: Un trabajador recibe por dos (2) años de servicios, una indemnización ascendiente a S/. 3,000.00 Nuevos Soles como reparación ante el despido arbitrario, no obstante, ante un estado de necesidad que se encuentra este, la administración decide otorgarle una liberalidad superior a la indemnización fijada por Ley(7). Tal cuantía superior si bien constituye un beneficio adicional que puede ser otorgado por el empleador, de ningún modo puede estar exenta de tributo. El mero incumplimiento de retener el exceso puede originar el delito de defraudación tributaria en la medida que el empleador actué con premeditación para no afectar el monto otorgado. Por ejemplo, otorgar montos sin declararlo en la planilla electrónica ni en la contabilidad del libro diario para que el trabajador

(4) Conforme lo señala el artículo 18 de la LIR, las indemnizaciones laborales están inafectas a retenciones tributarias, además, al ser un concepto no remunerativo previsto en el T.U.O del Decreto Legislativo N° 650 aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR tampoco está sujeta a aportes, deducciones y contribuciones de ninguna índole.

(5) Las rentas obtenidas por el trabajo son comúnmente las rentas que serán afectadas por el impuesto a la renta de quinta categoría según lo dispone el artículo 34 del la LIR así como toda ganancia o ingreso en beneficio del trabajador que no esté expresamente excluido por la norma tributaria.

(6) El artículo 38° del D.L 728 menciona que la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, por tanto cualquier beneficio adicional por encima de lo establecido estará afecto a renta

(7) El artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995–, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente , Así, según lo establecido en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo la indemnización por despido arbitrario será equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de (12) remuneraciones.

disponga del íntegro de la liberalidad y de este modo se beneficie el empleador otorgando una cantidad menor de la que hubiera desembolsado en caso de afectarlo.[8]

II. INCENTIVO PARA CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS

Dentro de lo establecido en el marco del artículo 58 de la Constitución Política del Estado, el empleador tiene el deber de promover la economía social de mercado con la finalidad de crear puestos de trabajo y promover el empleo en aras del desarrollo del país. En ese orden de ideas, el artículo 47 del D.S N° 002-97-TR, Ley de Formación y Promoción laboral prevé la posibilidad dentro del marco de una negociación colectiva o por convenio individual entre la empresa y sus trabajadores, que se otorguen programas de incentivo o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas para los trabajadores que –**en forma voluntaria**– opten por extinguir el vínculo laboral.

Cualquier trabajador que en forma voluntaria decida concluir la relación laboral, puede acordar con el empleador la entrega de un monto no remunerativo[9] que sirva como capital para la constitución de un negocio, lo que a su vez fortalece o impulsa el empleo autónomo en la creación de nuevas micro y pequeñas empresas.

Como una primera impresión, tenemos un beneficio económico que el Estado faculta a través de la ley para incentivar la creación de nuevas empresas en el marco de la difusión del empleo autónomo al mencionar incentivos para constituir empresas[10].

(8) Si el empleador en provecho propio y de manera dolosa deja de pagar los tributos como el impuesto a la renta de quinta categoría es una conducta considerada como delito conforme a lo previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 813 en la medida que se oculte el monto sin declararlo para obtener un beneficio, siempre y cuando la Autoridad Administrativa Tributaria demuestre el provecho en la forma fraudulenta de pago.

(9) Analizando el artículo 6 de la LPCL se menciona que la remuneración es "el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición". Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reafirmado que puede considerarse remuneración solo a las ventajas patrimoniales relacionadas de modo directo con la prestación de servicios, es decir, cuando se retribuye la prestación del servicio del trabajador que tendrá entonces carácter contraprestativo. De esta forma, el íntegro de lo recibido tendrá que cuantificarse en función de todo ingreso relacionado con la prestación (desgaste físico o mental a favor de un tercero) y esta postura ha sido respaldada por diversos autores como Jorge Toyama, Germán Lora y Elmer Arce. Siendo así, el incentivo otorgado no podrá reputarse como un concepto remunerativo al no ser otorgado por la contraprestación de un servicio sino con la finalidad de cesar al trabajador, más aun si no es de libre disposición al estar sujeto a un determinado objetivo de cumplimiento ineludible. A modo de ejemplo, en la Casación N° 052-2001, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de justicia señalo que: "(...) la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio (...).

(10) El Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo menciona en el artículo 49° que una de las modalidades de fomento del empleo autónomo es la constitución de pequeñas y microempresas, programas de accionariado y cualquier otra modalidad empresarial o societaria contemplada en la Ley General de Sociedades y en la legislación mercantil vigente.

Por otro lado, nos encontramos ante beneficios sociales y laborales reducidos para las personas que deseen acogerse al Régimen Especial de la Micro y Pequeña Empresa –Remype– al momento de constituir una empresa[11].

1. Implicancias fiscales

Conforme fluye del texto normativo de la LIR al igual que la indemnización por despido, este incentivo esta inafecto a renta de quinta categoría **hasta el monto equivalente que hubiera percibido el trabajador de haberse otorgado una indemnización por despido arbitrario**[12], no obstante, se exige para su inafectación que el dinero a ser entregado forme parte de programas que fomenten o incentiven a los trabajadores la conformación de empresas. Por lo tanto, si su entrega no está sujeta a esta condición, será un concepto afecto a la base imponible tributaria. Cabe subrayar que esta forma de extinguir el contrato de trabajo es pactada por ambas partes a diferencia de la indemnización que es un acto unilateral, pues en este último la extinción se produce por la sola voluntad del empleador sin participación alguna del trabajador.

2. Problemas ante su otorgamiento

La normativa laboral no establece cómo acreditar que el dinero otorgado finalmente sea destinado efectivamente a la constitución de una empresa. Otro de los problemas es que no se menciona otro requisito o formalidad para que no se encuentre afecto al impuesto por renta de quinta.

Resultaría poco certero aceptar tajantemente que el trabajador, una vez que haya cesado, utilizará el dinero para constituir una empresa. La norma es clara en precisar que el criterio del incentivo no puede ser otro distinto al de una nueva empresa, entonces, podría entenderse que el fomento al que alude la norma no podrá ser utilizado, por ejemplo, para que el trabajador pueda participar como nuevo accionista en una empresa ya constituida.

No compartimos esta interpretación restrictiva, y esto se debe a que el monto que usualmente se otorga no es suficiente para instaurar una nueva empresa. Fomentar

(11) El T.U.O de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley Mype aprobado por el D.S N° 007-2008-TR y su Reglamento el D. S N° 008-2008-TR establece beneficios laborales reducidos para este régimen especial. Además, la microempresa goza de un régimen semicontributivo de salud, en el que el Estado se compromete a pagar la mitad de la contribución y el conductor de la empresa la otra mitad generando de este modo un ahorro de los costos colaterales de la relación laboral.

(12) Según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 18° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 054-99-EF, se encuentran inafecto a este impuesto "las cantidades que se abonen, de producirse el cese del trabajador en el marco de las alternativas previstas en el inciso b) del artículo 88° y en la aplicación de los programas o ayudas a que hace referencia el artículo 147° del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, hasta un monto equivalente al de la indemnización que corresponde al trabajador en caso de despido arbitrario".

una empresa ya constituida por el trabajador o participar como accionista en una ya conformada también resulta un mecanismo eficaz en donde se impulsa y promueve el crecimiento económico y el empleo autónomo al ya no tener que depender del empresario para poder subsistir.

Somos de la idea de recurrir a un programa corporativo previo que las empresas deben implementar antes de otorgar este beneficio para que no se desnaturalice la utilización del recurso, convirtiéndose la ayuda otorgada en cualquier liberalidad cuando no lo es. Y es que, a medida que se otorguen beneficios en los cuales no se exija un cierto margen de utilización y método del gasto, podría existir fraudes prima facie en perjuicio del trabajador.

Dentro del programa debe existir una capacitación que instruya al trabajador a la constitución de la empresa propia y esto obedece al hecho de que este último probablemente no sepa cómo utilizar el concepto otorgado y, finalmente, se quede desempleado con un beneficio cuyo uso fue prodigado en algo para lo cual no era su finalidad.

Así, para la idoneidad en la entrega de la utilización de este incentivo, el empleador deberá acreditar la formación de un plan organizacional en marcha antes de su otorgamiento, y esto también para que se pueda demostrar que en efecto, no existe un ánimo malintencionado previo a la firma de un acuerdo en otorgar este incentivo como fomento para el trabajador, y que no revista en la realidad una forma de indemnización por el cese forzado en el empleo.

Deberá suscribirse sendos convenios individuales con los trabajadores beneficiados, de este modo se podrá comprobar que ambas partes tuvieron un acuerdo con plena libertad de opción como forma de extinguir el vínculo laboral[13].

Adicionalmente, a nuestro parecer el empleador debe contar con un documento que sustente y demuestre **un interés por parte del trabajador beneficiado en la constitución de una nueva empresa para que pueda demostrar que el motivo de cese realmente se debe a la voluntad del trabajador**. Por último, a fin de que el empleador pueda deducir dichos pagos como gasto, será necesario que se observe el principio de generalidad previsto en la LIR[14].

(13) Para que el trabajador pueda alegar una supuesta coacción por despido y no un acto autónomo y libre en su voluntad en acceder al incentivo, debe ser acreditada dicha coacción mediante alguna prueba, caso contrario, la aceptación de un incentivo económico para constitución de empresa otorgado por el empleador será válida.

(14) Se establece que el presente criterio (generalidad) debe ser cumplido cuando el gasto se encuentre vinculado con servicios de salud, gastos recreativos culturales, aguinaldos, bonificaciones, etc.; de esta forma el beneficio debe ser de carácter "general" para todos los trabajadores teniendo en cuenta su posición dentro de la estructura organizacional de la empresa.

IV. INCENTIVO POR RENUNCIA VOLUNTARIA

El incentivo por renuncia voluntaria es un beneficio económico otorgado al trabajador con la finalidad de motivarlo para que presente su carta de renuncia. En efecto, el empleador tiene la facultad de solicitarle al trabajador a través de un incentivo la puesta a disposición del cargo que desempeña convirtiéndose así en un mecanismo legal para poner fin a la relación laboral. Puede ser concedido de dos maneras distintas:

La primera es que el empleador tenga un programa de incentivo para los trabajadores que quieran acogerse a la renuncia voluntaria. El programa deberá contener una serie de factores para la cuantía del incentivo, ya sea antigüedad en el cargo, posición, remuneración percibida y cualquier otro criterio que la empresa desee adicionar. Sobre el particular, la resolución de intendencia N° 4855-96-RI menciono lo siguiente:

> "En un programa de incentivos por retiro voluntario, el empleador tiene amplias atribuciones para establecer los requisitos, condiciones y formas de pago, mientras que el trabajador carece de facultades para cuestionar la forma como se lleva a cabo dicho programa".

En efecto, si el programa de incentivos posee un sistema deficiente en beneficios económicos, el trabajador nunca tomará la oferta. La segunda manera es que ambas partes suscriban un acuerdo que conste en forme independiente a la carta de renuncia el monto a entregar.

Cabe precisar que en la carta de renuncia no podrá pactarse el acuerdo, ya que si bien es cierto este documento es un acto expedido de manera unilateral por el trabajador en donde voluntariamente hace expreso su deseo de extinguir la relación laboral; el problema radica en que al ser un documento emitido de manera personal **no requiere respuesta del empleador para convalidar su eficacia legal**, por tanto, el trabajador no puede hacer mención en la carta de renuncia el incentivo que se otorga. Se recomienda realizarlo en un documento aparte y que en la carta de renuncia se deje en indicación, el pacto previo que se suscribió con el empleador.

En esta forma de cese, si bien existe un acuerdo previo entre las partes sobre la cuantía, y la modalidad de pago de la suma de dinero a favor del trabajador, la causa que obedece a la desvinculación laboral del trabajador será un retiro voluntario que nace de manera unilateral. Distinto es el caso del mutuo disenso (o mutuo acuerdo) en que ambas partes acuerdan o deciden finalizar la relación laboral.

Cuando el empleador ofrece el incentivo por renuncia o viceversa cuando el trabajador solicite un incentivo para poner fin a la relación de trabajo –**ya que no siempre el deseo de extinguir la relación laboral será del empleador**– puede

suceder que,[15]una de las partes no esté de acuerdo con la renuncia o abdicación del cargo, dicho en otras palabras, al ofrecerle al trabajador la posibilidad de renunciar y este no desee aceptar, sabrá que el empleador no está de acuerdo con la labor que desempeña, lo cual podría generar un ambiente contrincante el seguir prestando servicios para un tercero a sabiendas de la aspiración de la empresa en desvincularlo, o viceversa ,en caso el trabajador haya solicitado el incentivo para presentar su carta de renuncia, el empleador tendrá en cuenta su deseo de retirarse. Por estos motivos, recomendamos un programa de ceses donde el otorgamiento de este beneficio sea ordinario y frecuente, es decir, que los gastos en los cuales incurre la empresa están previamente definidos para todo el personal.

1. Implicancias fiscales

1. La LIR en el inciso a) del artículo 34 menciona que "**toda retribución por servicios personales**" está gravada con el impuesto a la renta de quinta categoría.

2. El inciso a) del artículo 18 de la LIR establece que se encuentran comprendidas en la inafectación tributaria, las indemnizaciones y las cantidades que se abonen de producirse el cese del trabajador en el marco de las alternativas previstas en el artículo 88 y en la aplicación de los programas o ayudas del artículo 138 de la legislación laboral[16].

Con relación al primer punto, el monto otorgado no se adquiere por los servicios prestados, su objeto por el contrario es desvincular al trabajador, por tanto, no puede considerarse una retribución por un servicio al no ser esa su finalidad.

Con relación al segundo punto, la disposición hace mención solamente a las indemnizaciones y también a un programa de ayuda (el fomento a constituir una empresa de donde se desprende que la suma entregada tendrá como finalidad promover el empleo propio dentro del marco de una negociación entre empleador y trabajador), así como las sumas de dinero que se perciba con ocasión del cese colectivo acordado entre la empresa y el sindicato o los representantes autorizados de los trabajadores[17].

Por lo tanto, no cumpliría con ninguno de los dos requisitos; no podemos decir que el incentivo tiene naturaleza indemnizatoria, por cuanto no existe un daño

(15) De una lectura de la norma no se restringe o prohíbe que el incentivo pueda ser presentado por el trabajador, ante cualquier motivo ya sea justificado o no.

(16) La alusión de la norma hecha a ambos artículos es errónea, debe entenderse referida al inciso b) del artículo 48 del D.S 003-97-TR y al artículo 47 del Decreto supremo N° 002-97-TR respectivamente.

(17) No hemos querido ahondar en la terminación del vínculo laboral por cese colectivo, sin embargo mencionaremos que las sumas de dinero entregadas por el quiebre contractual masivo también se encuentra como supuesto objetivo de inafectaciòn tributaria. Estas causas incluyen el caso fortuito o la fuerza mayor y el cese por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. El empleador solo puede optar por el cese colectivo siempre y cuando la medida comprenda un número no menor del 10% del total de personal de la empresa.

causado como consecuencia de un despido arbitrario, sino que hubo un acuerdo previo entre ambas. Tampoco calificaría como renta al no existir un trabajo por el otorgamiento de este concepto. Sin perjuicio de lo expuesto se advierte que el segundo punto restringe la inafectaciòn tributaria solo para las indemnizaciones y los programas de ayuda, por tal motivo **existe el deber de retener renta de quinta categoría a este concepto, pese a que se otorga al cese de la relación laboral ya que no podemos aplicar por analogía la Ley que restringe derechos conforme lo señala el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil[18] que constituye una fuente de Derecho Común aplicable para cualquier disciplina jurídica**. Además, los privilegios y preferencias tributarias son establecidos por Ley de acuerdo al principio de Legalidad-reserva de la ley – establecido en la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario.

El incentivo otorgado al trabajador constituye un concepto no remunerativo previsto como liberalidad[19], cabe mencionar que la liberalidad no está sujeta a la prestación de un servicio y en el caso en concreto, el monto será otorgado sin estar sujeto a una contraprestación por parte del trabajador[20].

V. ERROR FRECUENTE: LA COMPENSACIÓN GRACIOSA

La compensación graciosa[21] está regulada en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios –CTS– como beneficio que el empleador otorga a favor del trabajador en forma **libre, pura, simple e incondicional** y que posteriormente, si se determina un adeudo a favor del trabajador, ese dinero entregado graciosamente le sirve para pagar su deuda[22].

Esta figura como forma liberatoria de extinguir obligaciones consiste en que los sujetos de la obligación –que son entre sí deudores y acreedores de obligaciones distintas, recíprocas, líquidas, exigibles, de prestaciones fungibles y homogéneas– se

(18) El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que "la Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía", y se refiere a la imposibilidad de aplicar un supuesto legal a otros casos además de los expresados en su texto cuando el dispositivo establezca una excepción o exista una restricción de derechos. Para mayor información sobre el tema puede verse la sentencia casatoria recaída en el Expediente N° 2368-98-Lima.

(19) El inciso a) del artículo 19 del D.S 001-97-TR señala como liberalidad las gratificaciones extraordinarias.

(20) La Cas N° 2781-97-Santa , menciona que para efectos del perfeccionamiento y ejecución del acuerdo referido al incentivo por renuncia debe darse necesariamente la renuncia, dado que si se mantiene la relación laboral, aun cuando el empleador lo haya solicitado, se entenderá que la obligación fue disuelta por ambas partes.

(21) La compensación graciosa representa la ponderación que ambas partes, (empresa y trabajadores), conciben respecto a lo que cada una ofrece y recibe en una relación contractual; percibiendo la compensación como un retorno por su capacidad, destreza, educación, desempeño y lealtad.

(22) El artículo 57° Del D.S 001-97-TR señala lo siguiente: "Si el trabajador al momento que se extingue su vínculo laboral o posteriormente, recibe del empleador a título de gracia, en forma pura, simple e incondicional, alguna cantidad o pensión, estas se compensarán de aquellas que la autoridad judicial mande a pagar al trabajador como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador. Para que proceda la compensación debe constar expresamente en documento".

compensen entre sí las mismas haciendo cado uno uso del crédito frente al otro, vale decir, que el deudor quien es, a su vez, acreedor de su acreedor, le paga haciendo uso del crédito que tiene contra él, de modo tal que al ser recíprocamente acreedora y deudora la una de la otra y al mismo tiempo, aplican cada una su crédito contra el de la otra, hasta: i) extinguir íntegramente ambos créditos, o ii) extinguir en su integridad uno de ellos[23].

La compensación graciosa puede ser explicada con un ejemplo grafico: Si el trabajador solicita vía acción judicial el pago pendiente de beneficios sociales por la suma ascendiente a S/. 15,000.00 Nuevos Soles y adicionalmente solicita una indemnización por daños y perjuicios ascendiente a S/. 3,000.00 Nuevos Soles. El monto otorgado previamente como compensación graciosa, supongamos S/. 15,000 Nuevos Soles, será resarcible hasta donde alcance la compensación, teniendo en cuenta que la parte vencida (empleador) debe poner a conocimiento de la Sala que dirime la causa el beneficio otorgado para que el juez antes de la emisión de la sentencia pueda compensar la prestación otorgada del monto a pagar.

Para que la suma de dinero pueda ser compensada con futuras deudas, debe constar expresamente en un documento de fecha cierta que la cantidad o pensión otorgada se efectúa según lo establecido en el Código Civil[24], en el cual se mencione que se trata de un monto compensable de acuerdo con las normas de la Ley laboral.

Este beneficio a diferencia del incentivo por constitución de empresa y la indemnización por el despido –**que pueden ser otorgados como bienes en especie o servicios**–[25], tiene que ser otorgado **un monto dinerario**, en tal sentido, restringe su otorgamiento para que no pueda ser otorgado "per se" mediante un bien en

(23) Es poco probable un tercer escenario en el cual ambos créditos a compensar se extingan solo parcialmente, pues no se apreciaría mayor utilidad si acaso dos personas decidan aplicar por igual solo parte de su crédito para la compensación y mantener el saldo restante para que sea cancelado de otra forma (por ejemplo, pago en dinero), cuando sin más puede ser también materia de compensación. Si bien es cierto el acreedor es libre de exigir hasta que parte de su crédito autoriza compensar, se entiende que la finalidad de la compensación es aprovecharla hasta extinguir" lo más que se pueda" y evitar hasta donde sea posible el llamado "doble pago" ya que Según García"si lo que se busca eliminar es el "doble pago", resulta irrelevante que ambas deudas sean distintas en cuantía ya que de todas maneras una de ellas –la menor– se extinguirá". GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *"Supuestos de Afectación de la Remuneración"* Gaceta Jurídica, 2011, Lima, p.55.

(24) Para que exista compensación conforme lo establece el artículo 1288 del Código Civil las obligaciones de ambas partes deben ser recíprocas (cada una de las partes debe ser al mismo tiempo acreedora y deudora de la otra las obligaciones) líquidas (que su existencia y cuantía deben ser ciertas y determinadas) exigibles (se excluyen las deudas por tanto sujetas a termino o condición) fungibles (aunque lo frecuente es que se comprenden sumas de dinero; no existe inconveniente que no lo sean siempre que sean fungibles y homogéneas. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

(25) Del tenor de la LIR se desprende la posibilidad de otorgar al trabajador cesado indemnizaciones e incentivos en especie, ya que tanto la norma laboral como tributaria hacen mención a la entrega de un monto "equivalente a una remuneración" lo cual concluimos que puede ser otorgado en bienes, siempre y cuando a nuestro criterio exista aceptación del trabajador de esta forma de pago y se trate de bienes útiles para este o su familia.

especie apreciable en dinero o cualquier otro tipo de beneficio como capacitaciones, electrodomésticos, bienes consumibles, etc.

A diferencia del incentivo por renuncia (que se encuentra sujeto a la condición de extinguir el vínculo laboral del trabajador) esta cantidad dineraria **no tiene como finalidad el cese del trabajador**. Es necesario mencionar ello ya que esta compensación de crédito, al ser otorgada al momento de finalizar el vínculo laboral puede ser confundida erróneamente por un incentivo para la renuncia del trabajador cuando no lo es.

En efecto, ciertos empleadores aprovechan el carácter compensable de este beneficio cuando en la realidad se debe a un despido o un incentivo por renuncia para aprovechar su carácter compensable. En estos casos hay un negocio disimulado en el que la invalidez es respecto del elemento falso adoptándose en su sustitución el verdadero siempre que sea lícito[26], aplicándose de este modo el principio de primacía de la realidad[27].

1. Implicancias fiscales

La LIR considera como rentas de quinta categoría en general a las obtenidas por concepto del trabajo personal prestado en relación de dependencia, comprendiendo toda retribución por servicios personales.

La imposición sobre la renta siempre tiene una fuente, para el caso de rentas de quinta categoría, constituirá renta el rendimiento del trabajo, es decir, el monto de lo producido por esta fuente, descontando lo proveniente de aquellos.

En tal sentido, la compensación graciosa al ser un pago incondicional el cual no está sujeto a ninguna condición se encuentra afecto a renta de quinta categoría. Además, las cantidades otorgadas por el empleador a título de gracia, no tienen naturaleza indemnizatoria ni provienen de acuerdos o negociaciones entre empleador y trabajador. Este beneficio como forma liberatoria de extinguir deudas reciprocas se aprecia como un concepto no remunerativo al ser pactado libremente por las partes sin estar sujeto a una retribución o prestación por parte del que lo recibe.

(26) NEVES MUJICA, Javier. *"Introducción al derecho del trabajo"*. Novena edición. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 37-38.

(27) El principio de primacía de la realidad es una de las herramientas que combate la simulación que encubre otra realidad en el Derecho del Trabajo. Para aplicar este principio no existe procedimiento previo en una norma, simplemente privilegia la realidad por encima de las formalidades asignadas por las partes del elemento falso por el verdadero.

VI. GASTOS DEDUCIBLES: REQUISITOS PARA LA DEDUCCIÓN COMO GASTO DE MONTOS EN LA ETAPA FINAL

En línea con lo desarrollado por la LIR, a fin de establecer la renta neta de tercera categoría, (persona natural con negocio o persona jurídica) lo primero que hay que tener en cuenta es la deducción de gastos. Al momento de extinguir la relación laboral con el trabajador los montos otorgados pueden ser deducibles y ello obedece a la finalidad de pagar menos impuesto a la renta dentro del ejercicio anual. Para Mullin[28]: "La determinación de la renta neta no es otra cosa que aquella que se obtiene luego de deducir determinados gastos necesarios de la renta bruta para producir y/o mantener la fuente generadora de esta (renta bruta)".

GRAFICO N° 1
OPCION PARA DETERMINAR LA RENTA NETA
RENTA NETA = RENTA BRUTA – GASTOS

Los gastos son deducibles en la medida en que guarden relación con el principio de causalidad. Así, conforme lo señala la Resolución expedida por el Tribunal Fiscal N° 1828-2-2009 "todo ingreso debe estar relacionado con un gasto directamente cuya causa sea la obtención de dicha renta, noción que sin embargo debe analizarse en cada caso en particular, considerando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a la naturaleza de las operaciones realizadas por cada contribuyente, su volumen etc., pues puede suceder que la adquisición de un mismo bien para una empresa constituya un gasto deducible mientras que para otra no."

Entonces si se quiere deducir un gasto, lo primero que se debe analizar es la causalidad o causa antes mencionada, o si se quiere, la razón o fundamento de haber incurrido en tal gasto. En ese orden de ideas la LIR en el artículo 37° inciso (i) considera como gasto deducible:

> "Los aguinaldos, bonificaciones y retribuciones que se acuerden al personal, incluyendo todo los pagos que por cualquier concepto se hagan a favor de los servidores en virtud del vínculo laboral existente y **con motivo del cese.** Estas retribuciones podrán deducirse en el ejercicio comercial a que correspondan cuando hayan sido pagadas dentro del plazo establecido por el reglamento para la presentación de la declaración jurada correspondiente a dicho ejercicio.

Los gastos que no hayan sido deducidos en el ejercicio al que corresponden, serán deducibles en el ejercicio en que efectivamente se paguen, aun cuando se encuentren provisionados en un ejercicio anterior.

(28) GARCÍA MULLÍN, Juan Roque. *Manual de impuesto a la renta*. Organización de los Estados Americanos. Documento CIET N° 872, p. 167.

Los montos reconocidos como gastos por lo general se contabilizan siguiendo el criterio de lo "devengado", que implica que el gasto se debe registrar en el momento en que ocurre el hecho económico que lo genera. Empero, en el caso de los montos otorgados que tengan por motivo finalizar el vínculo laboral, la LIR establece que las empresas solo podrán deducir como gasto los conceptos **en el periodo el cual hayan sido pagados**. Es decir, recién en el periodo efectivamente pagado o abonado, se deduce los egresos en la declaración jurada anual que efectúe la empresa (en este caso, gastos por extinción del vínculo laboral).

Dichos gastos conforme lo señala la norma son los que tienen con motivo el cese en el trabajo, no obstante, con respecto a uno de ellos, existe en la actualidad un problema de interpretación en su definición que queremos precisar.

VII. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN LA DEDUCCIÓN COMO GASTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Queremos dejar por sentado un criterio que a nuestro parecer resulta errado y es el de la deducción de la indemnización por despido arbitrario como gasto. Este resarcimiento otorgado para extinguir el vínculo laboral tiene algunos problemas de interpretación en cuanto a su deducción, y esto se debe a la errónea práctica en las deducciones no admitidas en la LIR[29].

En efecto, el inciso c) del artículo 44 de la LIR menciona que no serán deducibles de la renta empresarial: "**Las multas**, recargos, intereses moratorios previstos en el Código Tributario y, en general, sanciones aplicadas por el Sector Público Nacional".

Algunos tributaristas entendieron que la indemnización por despido, al ser un concepto que está inafecto a renta de quinta categoría no podría ser deducida del gasto. Otros que, al ser otorgado de manera unilateral por el empleador, tendría una supuesta "**naturaleza sancionadora**" para este, en cuanto se estaría castigando al empleador con el monto mencionado en el que se aplica una "multa" que corresponde a las infracciones establecidas por las disposiciones laborales. De estas conjeturas, el error subyace en los siguientes ámbitos:

1. La "naturaleza sancionadora" y que, por lo tanto, no sería un gasto deducible conforme a la LIR, no tiene ningún asidero legal ni doctrinario, toda vez que la indemnización por despido arbitrario no tiene naturaleza sancionadora sino **resarcitoria**, en donde la Ley prevé que el empleador puede reparar patrimonialmente sus consecuencias del acto lesivo al trabajador.
2. La indemnización por despido no tiene por finalidad reparar al Sector Público Nacional, sino al trabajador, por tanto, califica como un gasto deducible.

(29) Los gastos no deducibles se llaman a los que no se pueden descontar fiscalmente. Es decir, que no pueden ser tenidos en cuenta para la determinación del resultado fiscal.

Esta posición puede ser reforzada con lo dispuesto por el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 1829-1-2003, establece al respecto lo siguiente: (...) Que de autos se aprecia que la recurrente no ha acreditado que el pago a los trabajadores despedidos, materia de la indemnización que origina el reparo, se haya realizado dentro del plazo antes señalado, por lo que no procede aceptar la deducción de este concepto para efecto del impuesto a la renta, quedando probado por el contrario que en el caso de uno de los dos ex trabajadores, el pago se efectuó recién el 9 de junio de 2000."

El Tribunal Fiscal, en el caso concreto, si bien no reconoció la indemnización al no haber sido pagada dentro del plazo establecido para la presentación de la declaración anual del impuesto a la renta, sí la reconoce como un gasto deducible.

VIII. CONCLUSIONES

La extinción del contrato de trabajo es un tema controvertido, sensible y conflictivo en las relaciones laborales, y suele representar en la regulación de cada Estado el nivel de interés en garantizar una tutela adecuada con esquemas compensatorios económicos o un conjunto de medidas que incentiven el autoempleo, lamentablemente de escaza utilización contrario al papel central de los despidos arbitrarios como figura que ha merecido más atención por parte de los empleadores y en consecuencia mayor atención por parte de los legisladores y jueces.

Para paliar o reducir ello, vemos la capacidad que las normas de nuestro ordenamiento profesan, técnicas legislativas idóneas que nos permiten llegar a una terminación exitosa del contrato, y que incidentalmente, implica un ahorro de costos en diferentes ámbitos, niveles y actitudes, observando pues que las leyes tanto tributarias como laborales franquean la posibilidad de utilizar diversas formas de extinguir el vínculo contractual sin la necesidad de ingresar al marco de la ilegalidad. En ese orden de ideas es importante que los empleadores conozcan los límites que posibilita el uso de estas formas alternativas de rompimiento contractual antes que opere una utilización desacertada de estos mecanismos que a las finales genere una contingencia que vaya en contra de los intereses de la empresa o del propio trabajador.

GRÁFICO N° 2

Modalidad	Forma	Cuantía	Formalidad	Comentarios
Indemnización por despido arbitrario o acto de hostilidad	Obligatoria Por acto unilateral	1 remuneración y 1/2 por cada año de servicios o 1 remuneración ½, en contrato sujeto a modalidad, por cada mes dejado de laborar.	En la liquidación de beneficios sociales se hace constar la indemnización por despido.	El tope máximo es 12 remuneraciones. - Debe abonarse dentro de las 48 horas. - La aceptación del beneficio extingue el vínculo laboral, caso contrario, puede demandar la reposición al centro de trabajo. - Está inafecto al IR. Es un concepto no remunerativo.
Incentivo para constituir nueva empresa	Voluntaria Por acuerdo entre las partes	Para la inafectación del IR, el monto no excederá de lo que el trabajador hubiera percibido como indemnización por despido arbitrario	Emitir comprobante o en boleta de pago: - Consignar en la Planilla Electrónica. - Por acuerdo escrito señalando el monto destinado a constituir una empresa propia.	- El monto otorgado no se deduce de cualquier reclamo por parte del trabajador. - El monto es a discrecionalidad de las partes.
Incentivo para la renuncia voluntaria	Voluntaria Por acuerdo entre las partes	Esta afecto a renta de quinta categoría.	Emitir comprobante o en boleta de pago: - Consignar en la Planilla Electrónica. - Por acuerdo escrito.	Obligatoriamente debe cesar en el trabajo: - Puede implementarse un programa de renuncias. - El monto es a discrecionalidad de las partes. - Es un concepto remunerativo.
Compensación graciosa	Voluntaria Por acto unilateral	No hay monto tope establecido al ser un concepto otorgado a título de gracia.	Emitir comprobante o en boleta de pago: - Consignar en la Planilla electrónica. - Por acuerdo escrito.	No extingue la relación laboral. - Es obligatoria la entrega en dinero. - El monto otorgado es compensable por el monto ordenado en un proceso judicial. - Está afecto a renta de quinta categoría. - Es un concepto no remunerativo.

IMPACTOS DE LA FUSIÓN DE EMPRESAS EN LA RELACIÓN LABORAL

Cecilia CALDERÓN PAREDES

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada Asociada al Área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social del Estudio Echecopar.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Regulación sobre la fusión de empresas. **1.** Legislación nacional **2.** Legislación comparada: España. **III.** Principio de Continuidad. **IV.** Aspectos Laborales de la fusión de empresas. **A.** Asuntos formales.**1.** Envío de comunicación informativa a los trabajadores. **2.** Modificación del contenido del T-Registro. **3.** Comunicaciones a entidades con interés. **4.** Adecuación y entrega del Reglamento Interno de Trabajo. **B.** Asuntos de incidencia sobre el fondo de la relación laboral. **1.** Adecuación de los contratos vigentes. 2. Respecto del personal incorporado. **3.** Respecto de la excedencia de personal. **4.** Relaciones Colectivas de Trabajo. **V.** Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad plasmar cuál es el impacto de la fusión de empresas en el desarrollo y contenido de las relaciones de trabajo establecidas entre las empresas afectadas y su personal. Conforme a ello, abordaremos el contenido de la regulación nacional teniendo como parámetro el mayor desarrollo encontrado en la legislación española, luego de lo cual describiremos brevemente las incidencias detectadas.

En tal sentido, se pretende situar al lector en un contexto o marco general, a efectos de que pueda tener una primera aproximación de qué aspectos laborales se verán afectados tras la fusión empresarial.

II. REGULACIÓN SOBRE LA FUSIÓN DE EMPRESAS

1. Legislación nacional

De conformidad con lo establecido en el artículo 344° de la Ley General de Sociedades, norma aprobada mediante Ley 26887, "(...) por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola (...)". Al respecto, señala Enrique Elías Laroza citando a Otáegui que "(...) la fusión como institución propia del derecho de las personas jurídicas se caracteriza por implicar la unificación de dos o más personas jurídicas en una sola (...) [siendo que, mediante ella] los patrimonios de dos o más sociedades que denominaremos sociedades fusionantes se unifican en un solo patrimonio y, consecuentemente, en vez de coexistir varias personas jurídicas o sujetos de derecho existirá en lo sucesivo una sola persona jurídica o sujeto de derecho (...)"[1].

De acuerdo a lo señalado en el citado artículo, en nuestro país la Ley General de Sociedades prevé dos (2) modalidades de fusión de empresas, a saber:

(i) La **fusión por absorción**, que implica, como su nombre lo señala, la absorción de una (1) o más sociedades por otra sociedad existente, originándose la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas y la incorporación de la sociedad absorbente, a título universal y en bloque, de los patrimonios de las absorbidas; y,

(ii) La **fusión por incorporación**, sucedida cuando dos (2) o más sociedades se unen para constituir una nueva sociedad incorporante originándose la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad.

Al respecto, señala Elías Laroza que: "(...) las dos formas expuestas varían únicamente en lo formal, no habiendo ninguna diferencia esencial entre ambas (...)"[2]; ciertamente, citando a Carrigues y Uría señala que "(...) esa doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia íntima del fenómeno jurídico, pues en ambos supuestos se produce la unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas que es característica de la fusión [siendo] la diferencia entre ambos procedimientos de fusión (...) puramente externa y formal, no sustancial (...)"[3].

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto en referencia a la legislación societaria, en la actualidad las consecuencias laborales en casos de fusión de empresas

(1) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Ley General de Sociedades Comentada*. Fascículo Sétimo, Editora Normas Legales, Lima, 1998, p. 695.
(2) Ibidem, p. 698.
(3) Ídem.

se encuentran escasamente reguladas, previéndose algunos de sus efectos únicamente en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tal y como lo señalaremos más adelante.

En efecto, de conformidad con la recapitulación normativa elaborada por Pedro Morales en su artículo *Sucesión Empresarial*[4], es a partir de 1916 que la sucesión empresarial es abordada por el legislador nacional quien inició su regulación estableciendo responsabilidad solidaria en materia de créditos laborales entre los empleadores que traspasaban personal (Ley N° 2259 del 29 de setiembre de 1916); posteriormente, se dispuso, entre otros, (i) el reconocimiento por parte del nuevo empleador del tiempo de servicios acumulado por el trabajador traspasado (Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, Reglamento de la Ley N° 4916); y, (ii) que en caso de traspaso de personal, el nuevo empleador debía solicitar la autorización de la Autoridad Laboral para proceder a paralizar total o parcialmente la empresa, disminuir o aumentar la remuneración y horas de trabajo o modificar la organización y régimen de trabajo (Decreto Supremo de fecha 14 de setiembre de 1957)[5].

Sin embargo, a partir del 29 de julio de 1995, fecha en que entra en vigencia la Ley N° 26513, quedaron derogadas tanto la Ley N° 4916 como sus posteriores modificatorias, reforma que tuvo como consecuencia que en nuestro país existiera una suerte de vacío normativo en lo referido a las consecuencias laborales producto de la fusión de empresas pues, como es sabido, la legislación laboral, como norma especial, únicamente ha previsto algunas implicancias en materia de relaciones colectivas de trabajo.

2. Legislación comparada: España

Ahora bien, consideramos oportuno mencionar que las consecuencias laborales producto de la fusión de empresas han sido abordadas con un desarrollo más amplio en otros países, como es el caso de España, donde se encuentran reguladas no solo de manera indirecta en la legislación societaria sino que tienen mención expresa en la regulación laboral.

Ciertamente, el artículo 23° de la Ley de Sociedades Mercantiles española señala que "(...) 1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal

(4) MORALES CORRALES, Pedro. "Sucesión Empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Grijley, Lima: 2009. pp. 365 a 390.
(5) Ibidem, pp. 375 a 386.

los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda (...)".

Sumado a ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 22° de la Ley 3/2009, **Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**, en España se entiende que la fusión de empresas es aquella operación en virtud de la cual "(...) dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (...)".

Conforme a ello, en términos generales y a razón del tópico que nos incumbe, podemos afirmar que en la regulación societaria española la fusión de empresas implica la integración de dos (2) o más empresas generando con ello la unión de sus patrimonios en uno (1) solo.

Por su parte, señala el numeral 1) del artículo 44° del Estatuto de Trabajadores que "(...) el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (...)", disposición que debe entenderse de manera concordada con lo señalado en el numeral 2) del mismo artículo que indica que "(...) a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (...)".

Efectivamente, tal y como lo señala Antonio Morala, la jurisprudencia española, de manera previa a la modificación del artículo 44° del Estatuto de Trabajadores antes transcrito, denotaba dos (2) criterios o requisitos para que se entienda que nos encontrábamos ante un supuesto de sucesión de empresas, a saber, un elemento subjetivo "(...) representado por el cambio de titularidad de la empresa (...)" [6] y un elemento objetivo consistente en "(...) la entrega efectiva de los elementos de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial (...)"[7].

Respecto de este último elemento, el mismo autor señala que el criterio jurisprudencial generado por el Tribunal de Justicia Europeo en lo referido a cómo se

(6) MORALA GÓMEZ, Antonio. "La nueva regulación de la sucesión de empresas". En: *Actualidad Laboral* N° 10. Del 4 al 10 de marzo del año 2002, p. 190.
(7) Ídem.

configura el elemento subjetivo que nos permite referirnos a la sucesión de empresas ha evolucionado a lo largo del tiempo y que, en la actualidad, podría asegurarse que se dirige en la misma línea que la regulación nacional española, pues en virtud de aquel "(...) se debería exigir, por tanto, la transmisión de elementos organizativos, materiales o inmateriales, de forma que se mantengan la 'identidad empresarial'. Así las cosas, 'identidad' significa –según jurisprudencia mayoritaria del Tribunal de Justicia no solo continuidad en la actividad sino también transferencia de los elementos esenciales del activo (...)"[8].

Ahora bien, luego de haber expuesto qué se entiende en España por la fusión de empresas, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, el impacto de la misma en las relaciones laborales ha sido regulado ampliamente por el Derecho español.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico español no se limita a salvaguardar únicamente el mantenimiento de la relación laboral, sino que también el de todos los derechos y obligaciones generadas con ocasión de esta, razón por la cual a continuación sintetizamos las principales consecuencias laborales que se desprenden de la fusión de empresas en España:

(i) Responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario durante tres (3) años por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión del personal y por las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito;

(ii) Vigencia de las condiciones laborales reguladas por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión de personal fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida; la que se mantendrá hasta la fecha de expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida;

(iii) Obligación de las empresas de brindar información sobre el cambio de titularidad en la relación laboral, refiriéndose específicamente a la fecha prevista para la transmisión; los motivos de la misma; las consecuencias jurídicas, económicas y sociales generadas en los trabajadores con motivo de la transmisión y las medidas previstas respecto de los mismos, al momento en que se publiquen las convocatorias a Junta General de Accionistas que permitirán que la operación se concrete;

(iv) Obligación de las empresas de iniciar, con la suficiente antelación, un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los mismos, requiriéndose durante dicho

(8) Ibidem, p. 192.

periodo que las partes negocien de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo.

En virtud de lo antes expuesto y a modo de primera conclusión luego de habernos referido también a la regulación nacional en materia de fusión de empresas, consideramos evidente que la regulación española, además de ser más extensa, desarrolla supuestos no contemplados siquiera por nuestro legislador, algo que en muchos casos ha permitido un marco de referencia para los jueces quienes además de observar las normas comunitarias deben atender a la legislación interna, la que muchas veces complementa o limita aquella.

III. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Como es sabido, los principios del Derecho son directrices que, destinadas tanto al legislador como al operador del Derecho, sirven para inspirar ya sea la elaboración de nuevas normas o la interpretación de normas ya existentes.

Conforme a lo dicho, los principios del Derecho son el equivalente a la esencia del mismo, es decir, valores que trascienden a la existencia de una regulación y sirven más bien para verificar la validez de su contenido o brindarle un sentido interpretativo que se ajuste a su naturaleza.

Habiendo quedado previamente establecido que la legislación actual no ha desarrollado cuál es el impacto de una fusión de empresas en el ámbito laboral, corresponde entonces que el operador del Derecho complete dicho vacío pues, evidentemente, la fusión realizada repercutirá sobre el desarrollo cotidiano de la prestación de servicios de los trabajadores de las empresas involucradas.

Luego, es preciso identificar cuál de los principios del Derecho del trabajo resulta aplicable ante la eventualidad de una fusión de empresas y, conforme a ello, será posible afirmar que el Principio de Continuidad, por ser reflejo de la voluntad del legislador de hacer perdurar el vínculo laboral procurando en todo momento su conservación, es el principio elegido para aplicarse en caso de fusión de empresas, interpretándose que, incluso si la mención societaria respecto de la incorporación a título universal de los patrimonios no estuviera recogida en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación del Principio de Continuidad Laboral debería entenderse que la fusión implicará la conservación de las relaciones y condiciones de trabajo existentes en cada empresa.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, estimamos que incluso sin tener que recurrir a los Principios del Derecho del Trabajo, la protección de los trabajadores involucrados en la fusión de empresas se encuentra garantizada por la regulación societaria ya que la incorporación de los patrimonios a título universal, ya sea por

parte de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, implica, como su nombre lo indica, que dentro del nuevo patrimonio social se considere tanto el activo como el pasivo de las empresas involucradas y que, por ende, los créditos laborales, como parte integrante del pasivo, sean también asumidos por aquellas.

De acuerdo a ello, al amparo del artículo 344° de la Ley General de Sociedades sería posible afirmar que la mención societaria de la "incorporación en bloque y a título universal de los patrimonios" implica para efectos laborales el asumir el activo y el pasivo laboral, lo que determina la conservación de las relaciones y condiciones de trabajo existentes en cada empresa, entendiéndose ambas como parte del pasivo asumido.

IV. ASPECTOS LABORALES DE LA FUSIÓN DE EMPRESAS

A. Asuntos formales

1. Envío de comunicación informativa a los trabajadores

Aunque la legislación laboral vigente no ha previsto que el empleador fusionado informe a sus trabajadores cuál es la operatividad de la decisión empresarial que se tomó y cuáles podrían ser las consecuencias o impactos en sus relaciones laborales, consideramos adecuado que, de manera voluntaria, comunique por escrito a los trabajadores qué sucederá en adelante luego de materializarse la fusión, ello a efectos de evitar suspicacias de parte de estos y mantener un clima laboral adecuado.

Conforme a ello, además de informar a los trabajadores sobre el cambio de empleador, estimamos conveniente que en la comunicación que se les envíe se señale que la operación que se lleva a cabo es de implicancia principalmente societaria y que, por lo tanto, al mantenerse tanto el patrimonio como el personal de la empresa fusionada en la nueva empresa, las condiciones de trabajo no variarán de manera sustancial, entendiéndose que no se tratará de "otra" relación de trabajo, pues el nuevo empleador se subrogará o pasará a sustituir al empleador primigenio en su lugar de contraparte del contrato de trabajo.

2. Modificación del contenido del T-Registro

De conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 018-2007-TR, Disposiciones relativas al uso de la Planilla Electrónica, la nueva sociedad formada tras la fusión por incorporación o la sociedad absorbente (en caso se trate de una fusión por absorción) deberá registrar o "dar de alta" mediante el T-Registro a los trabajadores que le fueron transferidos, luego de lo cual se considerarán parte de su personal para todos los efectos. Por su parte, como resulta

lógico, las empresas que hubieren sido fusionadas deberán "dar de baja" a sus trabajadores por el mismo medio.

3. Comunicaciones a entidades con interés

a. Empleo del T-Registro

Como es sabido, a partir de la implementación de la Planilla Electrónica, el T-Registro y el Plame, la información laboral se encuentra agrupada en medios informáticos que permiten su fácil acceso y que, además, en la práctica, pueden ser compartidos de manera rápida entre varios organismos del Estado que resulten interesados.

Conforme a ello, las modificaciones realizadas en el T-Registro y que son materia de declaración jurada ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat) servirán para que tanto la propia Sunat como EsSalud y, de ser el caso, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) tomen conocimiento de la incorporación de los trabajadores transferidos, no resultando necesario que se envíen comunicaciones por escrito a dichas entidades para informar el nuevo estado de los administrados.

b. Empleo de la AFP NET

Por otro lado, y en vista de que las contribuciones al Sistema Privado de Pensiones no son declaradas haciendo uso del Plame o T-Registro que administra Sunat, para efectos de que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tomen conocimiento del cambio de agente retenedor, el empleador que transfiere al personal deberá declarar el cese de los trabajadores mediante el formato *Detalle Adicional de la Planilla de Aportes* señalando en el apartado III del mismo quiénes son los trabajadores con los que pierde vínculo laboral. Por su parte, la empresa a la que los trabajadores le fueron transferidos, en adelante deberá declarar las retenciones que realiza a su nuevo personal haciendo uso de AFP NET.

c. Presentación de comunicaciones por escrito

Estimamos conveniente que el empleador que transfiere al personal comunique por escrito a las entidades bancarias depositarias de la Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores afectados que, en adelante, ya no será más el obligado a realizar los depósitos, siendo necesario que, por su parte, la empresa a la que los trabajadores fueron transferidos comunique por el mismo medio que, conforme a lo anterior, a partir de la fecha en que la fusión entre en vigencia será la encargada de realizar los depósitos pues se ha sustituido como empleador.

Adicionalmente, en caso los trabajadores involucrados en el traspaso de personal contasen con una Entidad Prestadora de Salud (EPS) o con el Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo (SCTR) contratado con una aseguradora, tanto

el antiguo empleador como el nuevo deberán enviarles una comunicación por escrito informando del cambio, ello a efectos de que se entienda que, en adelante, el trabajador ya no labora para la empresa materia de fusión pues ha sido transferido a la empresa absorbente o a la que incorporó las sociedades absorbidas, quedando con ello el nuevo empleador obligado a asumir el costo de cada servicio.

4. Adecuación y entrega del Reglamento Interno de Trabajo

Si tras realizarse la fusión de empresas la nueva sociedad alberga más de cien (100) trabajadores, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo Nº 039-91-TR, **Norma que establece que el Reglamento Interno de Trabajo que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones**, la nueva empresa deberá elaborar un Reglamento Interno de Trabajo para su presentación y entrega.

Ahora bien, de tratarse de una fusión por absorción en la que la empresa absorbente ya contase con más de cien (100) trabajadores de manera previa a la fusión, pueden suceder dos cosas: (i) que tras realizarse aquella, el Reglamento Interno de Trabajo de la sociedad absorbente se ve afectado, caso en cual deberá adaptarse o modificarse a efectos de reflejar la situación real de la empresa, para luego ser entregado a cada trabajador; y, (ii) que tras realizarse la fusión el contenido del Reglamento Interno de Trabajo no se vea afectado por lo que únicamente corresponderá que se proceda a hacer entrega de un (1) ejemplar a cada nuevo trabajador.

B. Asuntos de incidencia sobre el fondo de la relación laboral

1. Adecuación de los contratos vigentes

a. Contratos laborales

Conforme a lo que venimos comentando, producida la fusión de empresas opera la subrogación legal del empleador en lo que se refiere a efectos laborales: la sociedad absorbente o la nueva sociedad que incorpora a las absorbidas se sustituye como contraparte en los contratos de trabajo que estas hubieran suscrito, volviéndose no solo acreedora de la obligación de los trabajadores transferidos de poner a disposición sus servicios, sino también obligada ante cualquier adeudo laboral ya generado o que se configure en un futuro.

De acuerdo a ello, aunque con la fusión de sociedades opere una subrogación legal del empleador, estimamos recomendable que con ocasión de la operación la nueva sociedad o la sociedad absorbente suscriban con sus trabajadores nacionales *Convenios de Ratificación o Modificación de Condiciones Laborales*, los que les servirán para: (i) establecer que aquellas asumen las obligaciones correspondientes a los trabajadores incorporados o (ii) negociar las condiciones laborales con las

que los trabajadores incorporados ingresan a la sociedad, adecuando las mismas a la nueva situación regente.

Por su parte, en caso entre los trabajadores incorporados figurasen trabajadores extranjeros, en aplicación de lo establecido en el Decreto Supremo N° 014-92-TR, *Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros*, se deberá rectificar la información que ha variado respecto de los contratos previamente suscritos (entre ellas, específicamente quién es el empleador) suscribiendo un nuevo instrumento que contemple los datos y cláusulas exigidas para el contrato originario pues, como es sabido, la contratación de extranjeros en el Perú implica la observancia de formalidades en su suscripción, las que deberán ser respetadas siempre que alguna de las condiciones varíe.

b. Convenios de modalidades formativas laborales

Como se recordará, las relaciones contractuales reguladas por la Ley N° 28518 y su Reglamento, *Ley sobre Modalidades Formativas Laborales*, se sujetan a la suscripción de convenios de aprendizaje que dependiendo del tipo de relación regulada podrán ser de: a) formación laboral juvenil, b) pasantía o c) actualización para la reinserción laboral; al respecto, y deben observar como formalidad el contenido mínimo exigido por la norma para cada uno de ellos.

Ahora bien, producida la fusión de empresas, las sociedades que fueron objeto de fusión deberán dar de baja a los beneficiarios de los convenios de modalidades formativas suscritos, debiendo la nueva sociedad o la sociedad absorbente registrar los nuevos convenios que suscriba en el portal web del Ministerio de Trabajo.

2. Respecto del personal incorporado

a. Remuneraciones

Estrechamente relacionado a la suscripción de *Convenios de Ratificación o Modificación de Condiciones Laborales*, con motivo de la fusión de empresas surge como principal inquietud cómo se manejará una situación en la que dos trabajadores de la nueva sociedad o la sociedad absorbente perciban remuneraciones y condiciones laborales distintas pese a desempeñarse en igual categoría o cargo.

Al respecto, es preciso señalar que lo que la nueva sociedad o la sociedad absorbente deben garantizar es igualdad remunerativa y de condiciones siempre que las labores desempeñadas por los trabajadores sean iguales o similares y siempre que no existan diferencias objetivas que permitan valorar de forma distinta los servicios prestados.

En efecto, consideramos importante destacar que, en estricto, no nos encontramos ante la presencia de un acto discriminatorio. Ciertamente, no todo trato diferenciado implica la existencia de discriminación ya que, en líneas generales, no

podemos desconocer la existencia de características propias que individualizan y diferencian de manera objetiva cada colectivo y, por ende, ni la normativa en general ni la normativa interna propia de cada relación de trabajo puede eliminar la diferencias, debiendo más bien tutelarlas reconociendo su valor a partir de la verificación de lo que no es más que un elemento fáctico. En este sentido, consideramos que la prohibición de no discriminación no proscribe la diferenciación sino que, en realidad, implica la prohibición de perpetuar distinciones arbitrarias y desproporcionadas carentes de justificación válida.

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, de fecha 1° de abril del año 2005, se ha pronunciado destacando la existencia de "(...) dos categorías jurídico-constitucionales[:] diferenciación y discriminación (...)"[9]; así, de acuerdo al tribunal, la primera se encuentra constitucionalmente admitida debido a que, atendiendo a que **no todo trato desigual es discriminatorio**, es válido que se configure una diferenciación siempre que el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por ello, de no verificarse las condiciones de objetividad y razonabilidad, la desigualdad del trato generará discriminación y, por ende, sí se encontrará proscrita.

Por nuestra parte, coincidimos con Ferrajoli [10] cuando indica que el concepto de *diferencia* no alude sino a un término descriptivo en tanto que: "(...) de hecho, entre las personas, hay diferencias, [ya que] la identidad de [ellas] está dada, precisamente, por sus diferencias, [siendo además que estas] deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad (...)"[11].

Consecuencia de lo antes expuesto, estimamos que en la medida en que presenciemos razones objetivas que permitan la existencia de diferentes remuneraciones y/o condiciones por la prestación de trabajos similares, pero a su vez distintos (tales como, por ejemplo, la realización de funciones más especializadas en algunos casos; el distinto grado de calificación para el puesto entre los trabajadores, esto es, diferente grado de instrucción; experiencia laboral con mayor y menor especialidad; mayor o menor capacitación para determinadas funciones, entre otros), no nos encontraremos ante un caso de discriminación y, por ende, si tras la fusión se observan diferencias objetivas entre las funciones de los trabajadores, será posible admitir que no se requiera de una nivelación salarial.

Ahora bien, si luego de la fusión el nuevo empleador encuentra que no existen motivos objetivos que justifiquen una diferencia de remuneraciones entre los trabajadores incorporados, será necesario que adopte la decisión de: (i) nivelar hacia arriba las remuneraciones de los trabajadores afectados, para lo cual bastará su

(9) STC Expediente N° 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico número sesenta y dos.
(10) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Traducido por Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, madrid, 1999, pp. 73-96.
(11) Ibídem, p. 79.

decisión unilateral; o (ii) nivelar hacia abajo la remuneración de los trabajadores que se ven beneficiados con mayores ingresos pese a realizar las mismas funciones realizan otros trabajadores, para lo cual el empleador sí requerirá de autorización del trabajador pues, en concordancia con lo establecido en el artículo único de la Ley N° 9463, *Ley que regula las reducciones de remuneraciones aceptadas por el trabajador*, en nuestro país la reducción de remuneraciones no se encuentra proscrita siempre que esta sea previamente aceptada por el trabajador afectado.

b. Jornada y horario de trabajo

De conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 854, *Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*, es facultad del empleador:

(i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo diaria o semanal;

(ii) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana;

(iii) Reducir o ampliar el número de días de la jornada de trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo en cuyo caso esta no podrá exceder de en promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales; y,

(iv) Establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, variables en función a las necesidades del centro de trabajo.

Conforme a ello, tras producirse la fusión de empresas, el nuevo empleador podrá:

(i) Extender de manera unilateral la jornada de trabajo hasta que esta alcance las ocho (8) horas diarias o las cuarenta y ocho (48) horas semanales, debiendo incrementarse la remuneración en función al tiempo de trabajo incrementado;

(ii) Reducir de manera unilateral la jornada de trabajo de los trabajadores incorporados por la fusión adaptándola a la vigente en el nuevo centro de trabajo, supuesto en el cual deberá seguir remunerándose como hasta el momento salvo que la reducción no fuese unilateral sino consensuada, supuesto en el cual aplica lo previsto en la ya mencionada Ley N° 9463;

(iii) Modificar el horario de trabajo existente sin alterar el número de horas trabajadas.

c. Participación en las utilidades

De conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 892, *Norma que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría*, en caso de fusión de empresas, el otorgamiento de las utilidades de las empresas vinculadas a la misma se deberá calcular efectuando un corte a la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública que contiene la fusión, siendo que, para el periodo posterior a la fusión, el cálculo de la participación en las utilidades se realizará en función a los estados financieros consolidados.

Al respecto, y afectos de evitar confusión en los supuestos en los que la fusión de empresas opere, según el acuerdo adoptado por los accionistas, antes o después del otorgamiento de la Escritura Pública aludida en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 892, el artículo 17° del Reglamento del mismo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-98-TR, ha establecido que en caso de fusión las utilidades de las empresas involucradas deberán calcularse al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de dichos eventos, disposición que responde a la simple lógica: la participación en las utilidades de las empresas debe siempre responder a la contribución directa o indirecta que ha tenido el trabajador en relación a la generación de ganancia para su empleador y, por ello, la participación en las utilidades de cada empresa debe tener su fecha de corte en función al momento en el que el empleador varía, es decir, desde que la fusión tiene efectos o entra en vigencia.

3. Respecto de la excedencia de personal

Como resulta evidente, tras la fusión de empresas y la unificación de sus activos y pasivos, las planillas de trabajadores de todas las empresas involucradas también se consolidan y, como consecuencia de ello, puede suceder que algunos puestos de trabajo se dupliquen, haciéndose innecesaria la prestación de servicios de alguno de los trabajadores.

Siendo ello así, a continuación una breve referencia que no pretende ahondar en detalles sobre cómo podría enfrentar el nuevo empleador la necesidad de desvincular a los trabajadores que considera excedentes.

a. Cese colectivo

De conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, es causa objetiva del término de la relación laboral el cese colectivo respaldado en motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

Para tales efectos, el mencionado cese deberá comprender un número no menor al 10% del total del personal de la empresa, debiéndose: (i) obtener una pericia que acredite que la empresa se encuentra incursa en alguna de las causales objetivas que pueden ser invocadas; (ii) proporcionar al Sindicato de Trabajadores o, en su defecto, a los mismos, información referida a los motivos invocados, a la nómina de trabajadores afectados; (iii) citar a reuniones de trato directo a los trabajadores involucrados para exponer las medida que podrían adoptarse para evitar el cese o, en su defecto, cuáles son las condiciones del mismo; (iv) presentar ente la Autoridad Administrativa de Trabajo una solicitud de cese colectivo, entre otros.

Como puede observarse, en principio, nuestra regulación laboral prefiere la continuidad del vínculo obligando al empleador a negociar con los trabajadores afectados alternativas al cese de los mismos, considerándose entre ellas, por ejemplo, la suspensión temporal de labores; la disminución de la jornada de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; y, la revisión de condiciones colectivas vigentes (lo que entendemos como una suerte de subsidio grupal que, además, puede entenderse como temporal pues podrá ser renegociado al término de vigencia de la convención colectiva que establezca las nuevas condiciones).

b. Cese por decisión del empleador: despido arbitrario

Señala el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que en el Perú el despido en los casos y formas previstas por la Ley se encuentra amparado y, por ende, todas aquellas modalidades no consideradas justas por la misma serán sancionadas en sus consecuencias.

Al respecto, señala el artículo 34° de dicho cuerpo legal que un despido es arbitrario cuando se produce a sola decisión del empleador sin que este exprese la causa del mismo o cuando pese a haberse señalado causa alguna, esta no puede ser acreditada en un proceso judicial.

Conforme a ello, de encontrarnos ante la necesidad de cesar trabajadores debido a la excedencia generada tras una fusión de empresas, estimamos factible proceder a despedir de forma arbitraria a los mismos, debiéndose tener presente que dicha forma de desvinculación acarreará el pago de una indemnización por despido arbitrario que se otorgará de manera conjunta a la entrega de la Liquidación de Beneficios Sociales correspondiente (esto es, dentro de las 48 horas de producido el cese) si se quiere evitar que se generen intereses por el retraso.

Ahora bien, en lo que respecta a la citada indemnización, esta deberá calcularse en función al tiempo de servicios prestado por el trabajador (de tratarse de personal contratado a plazo indeterminado) o al tiempo que resta para el término del contrato (esto en caso se trate de personal vinculado de forma temporal): una y

media (1 ½) remuneraciones por año completo de servicios o por mes restante para el término del contrato, respectivamente, con el tope de doce (12) remuneraciones.

Sumado a ello, conviene señalar que el monto de la misma se calculará en función a la remuneración mensual percibida por el trabajador afectado al momento del despido, incluyéndose montos percibidos de manera regular, esto es, con una periodicidad de cuando menos tres (3) oportunidades en los últimos seis (6) meses, lo que permite la inclusión de cualquier concepto que represente remuneración complementaria de naturaleza variable o imprecisa como el trabajo en sobretiempo u horas extras, siempre que este cumpla con la citada condición.

Por su parte, la indemnización de los trabajadores comisionistas o sujetos a destajo deberá calcularse considerando el promedio de los ingresos percibidos en los últimos seis (6) meses previos al despido.

Finalmente, resulta pertinente señalar que, de conformidad con lo establecido en el literal a) del tercer párrafo del artículo 18° del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, *Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta*, las indemnizaciones previstas por la legislación laboral vigente, para nuestro caso, la indemnización por despido arbitrario, se consideran ingresos inafectos como ingresos al impuesto a la renta.

c. Cese por mutuo acuerdo: cese por incentivos

Otra alternativa de desvinculación de la que dispone la nueva sociedad es extinguir el contrato de trabajo por mutuo disenso, es decir, apelando al acuerdo de voluntades de las partes, el mismo que deberá constar de manera expresa en la Liquidación de Beneficios Sociales que se expida y, de ser posible, también en un *Convenio de Acuerdo de término de la relación laboral por Mutuo Disenso*.

Al respecto, las empresas pueden convenir con los trabajadores que consideren excedentes culminar la relación laboral que los une ofreciéndoles incentivos para el cese, los que suelen ser muy cercanos al monto que les correspondería por concepto de indemnización por despido arbitrario.

Finalmente, conviene destacar que, de conformidad con el literal a) del tercer párrafo del artículo 18° del TUO de la *Ley del Impuesto a la Renta*, los montos otorgados a los trabajadores en el marco de lo previsto en el artículo 147° del Decreto Legislativo N° 728 como consecuencia de los programas de incentivos o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas se encuentran inafectos al impuesto a la renta, hasta un monto equivalente al de la indemnización que correspondería al trabajador en caso de despido arbitrario o injustificado, esto es, hasta un máximo de doce (12) remuneraciones.

4. Relaciones colectivas de trabajo

a. Sindicalización de los trabajadores

De conformidad con lo establecido en el artículo 33° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, en caso de fusión, se produce la disolución de los sindicatos de la empresa afectada, esto es, ya sea de la empresa absorbida o de las dos (2) o más empresas que son materia de fusión por incorporación, debiéndose solicitar la cancelación del registro sindical correspondiente.

En tal sentido, tras la fusión de empresas y debido a la cancelación del registro sindical, la sociedad disuelta perderá la representación gremial que hubiese ostentado de manera previa, lo que le impedirá, por ejemplo, formar parte de una organización sindical nacional e internacional.

b. Aplicación de convenios colectivos

De conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 43° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, producida una fusión de empresas, los convenios colectivos vigentes al momento en que ocurra la misma deberán continuar hasta el vencimiento de sus plazos.

De acuerdo a ello, si tras el término de la vigencia de los mismos no existiera un sindicato que pueda iniciar una nueva negociación, los beneficios laborales contenidos en los anteriores caducarán salvo que se tratase de beneficios otorgados con carácter permanente, supuesto en el cual se entenderá que dichos beneficios se incorporaron a las condiciones contractuales de los trabajadores transferidos.

V. CONCLUSIONES

(i) La legislación laboral nacional, a diferencia de la española, no ha desarrollado ampliamente los impactos de la fusión de empresas en la relación laboral, limitándose a establecer algunas consecuencias en materia de relaciones colectivas de trabajo.

(ii) Luego de entrada en vigencia del acuerdo de fusión, los trabajadores de las sociedades involucradas dejarán de pertenecer formalmente a las empresas fusionadas, habiendo sido transferidos, por sucesión empresarial y/o subrogación del empleador, a la planilla de la nueva empresa o la empresa absorbente.

(iii) Existe una serie de obligaciones formales que deberán cumplirse a efectos de que los terceros que tienen interés en la relación laboral (llámese, Sunat, ONP, AFP, EPS, EsSalud, entre otros) tomen conocimiento de la citada subrogación.

(iv) Con ocasión de la fusión, las condiciones laborales contenidas en los contratos de trabajo vigentes en cada empresa afectada podrán ser modificadas o, en su defecto, se ratificarán de manera automática.

(v) Con ocasión de la fusión, y en caso de que se detecte excedencia de personal por duplicidad de funciones, el nuevo empleador podrá desvincular a los trabajadores que estime conveniente, siguiendo para ello los requisitos de la modalidad de cese que adopte conforme a Ley.

Una vez producida la fusión de empresas, los convenios colectivos vigentes al momento en que ocurra la misma deberán continuar hasta el vencimiento de sus plazos, siendo imposible que el nuevo empleador pretenda desconocerlos.

LOS TRABAJADORES DESIGNADOS Y SU REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ: ANÁLISIS DESDE LO TRIBUTARIO - LABORAL

Ernesto CÁRDENAS TERRY

SUMARIO

I. Concepto de trabajadores designados. **II.** Conceptos tributario-laborales. **1.** Contribuciones a EsSalud. **2.** Aportaciones previsionales. **3.** Impuesto a la Renta. **III.** Legislación aplicable a los trabajadores designados. **IV.** Propuestas respecto a la regulación de los trabajadores designados. **1.** Efectiva fiscalización del servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo. **2.** Exigibilidad de contribuciones y aportaciones al empleador extranjero. **3.** Celebración de convenios internacionales en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales. **V.** Conclusiones

I. CONCEPTO DE TRABAJADORES DESIGNADOS

Desde la perspectiva legal, el análisis de la política migratoria adoptada por nuestro país (que es la que determinará si los criterios de admisión del personal extranjero que viene a prestar servicios al Perú serán flexibles o rigurosos) debe efectuarse a partir de la regulación contenida en el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería[1], norma que fue parcialmente modificada en el año 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1043.

Así, el artículo 11° de la norma bajo comentario contiene dos calidades migratorias que permiten a los extranjeros prestar servicios de manera subordinada o dependiente en el territorio nacional: (i) calidad migratoria de trabajador; y (ii) calidad migratoria de trabajador designado.

(1) En principio, el Decreto Legislativo N° 703, que fue publicado el 14 de noviembre de 1991, condicionó su vigencia a la publicación de su Reglamento (Quinta Disposición Transitoria). Sin embargo, mediante el Decreto Ley N° 25599 se dejó sin efecto dicha condición y la Ley de Extranjería empezó a regir a partir del 18 de julio de 1992 (pese a que aún existen varios temas en la Ley que hacen referencia a su posterior regulación por el Reglamento).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 13° y 15° de la referida norma, a la calidad migratoria de trabajador designado le corresponde solamente una visa temporal, que permite la admisión y permanencia de un extranjero en el territorio nacional hasta por 90 días, prorrogables (hasta por 1 año). En cambio, a la calidad migratoria de trabajador se le podrá otorgar visa temporal o de residente (según sea solicitado por el interesado); en este último caso, la visa autoriza la admisión y residencia de un extranjero en el país por un año, prorrogable (de manera indefinida, siempre que se cumpla con las prórrogas anuales y con el requisito de permanecer en el Perú por más de 183 días en cualquier periodo de 12 meses, conforme al artículo 42° de la norma en comentario). Esto significa que los trabajadores designados solo pueden obtener un sello de visa temporal en sus pasaportes, mientras que los extranjeros que ostentan la calidad migratoria de trabajador pueden solicitar una visa de residente y el correspondiente Carné de Extranjería.

Para los efectos de la presente ponencia, nos limitaremos a analizar la primera figura mencionada, por lo que nos referiremos a aquellos extranjeros que ingresan a nuestro país con dicha calidad migratoria como "trabajadores designados".

Esta calidad migratoria resulta aplicable para aquellos extranjeros "que ingresan al país sin ánimo de residencia y con el fin de realizar actividades laborales enviados por su empleador extranjero por un plazo limitado y definido, para realizar una tarea o función concreta o un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole"[2]. La norma citada añade que dicha calidad migratoria permite firmar contratos o transacciones, pero no habilita a realizar actividades remuneradas o lucrativas ni recibir renta de fuente peruana, salvo el caso de dietas como Director de empresas domiciliadas en el Perú u honorarios como conferencistas o consultores internacionales en virtud de un contrato de servicios que no exceda de 30 días calendario continuos o acumulados dentro de un periodo cualquiera de 12 meses.

Apreciamos, pues, la existencia de una contradicción. Esta calidad migratoria aplica para los trabajadores que van a realizar actividades laborales por encargo de un empleador no domiciliado en el país, pero –de acuerdo con la propia norma– no permitiría que tales actividades sean remuneradas o generen rentas de fuente peruana. Sobre este último concepto ahondaremos más adelante, pero en este punto conviene señalar que la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior (Digemin) en los hechos ha salvado esta contradicción interpretando que la prohibición contenida en la norma se refiere a una retribución recibida de una empresa local, por lo que sí se permite que el trabajador designado reciba su remuneración pero de quien es su empleador (la empresa extranjera)[3].

(2) Literal r) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 703, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1043.

(3) Esta interpretación, por ejemplo, lleva a los funcionarios de Digemin a exigir que en el contrato de servicios entre las empresas, se señale expresamente que toda remuneración será pagada

Ahora bien, es importante destacar que la calidad migratoria bajo análisis implica la presencia de dos empresas: la primera debe estar domiciliada en el Perú y realizar labores en el país, mientras que la segunda debe estar domiciliada en el extranjero. Ambas deben celebrar un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual la empresa domiciliada en el extranjero se obliga a prestarle cierto tipo de servicios a la empresa domiciliada en el Perú. Esos servicios deben ser de tal naturaleza que justifiquen el desplazamiento de personas al territorio nacional para que se ocupen de la ejecución total o parcial de las obligaciones contractuales asumidas por la empresa domiciliada en el extranjero conforme a lo pactado en el referido contrato de servicios.

Ahora bien, a través de este mecanismo la empresa peruana evita suscribir contratos de trabajo con los ciudadanos extranjeros, ya que el vínculo laboral existente entre estos últimos y su empleador no domiciliado subsiste. De este modo, se configura una contratación "indirecta" (o una tercerización de servicios extranjera) con diferentes consecuencias laborales y tributario - laborales.

Pensemos por un momento en una relación de trabajo ordinaria de un funcionario extranjero, que es contratado en virtud de un contrato laboral, conforme a la regulación contenida en el Decreto Legislativo N° 689. En ese caso, el empleador peruano debe abonarle la remuneración convenida, pagarle los beneficios regulados en la ley peruana y, además, desde la perspectiva fiscal –laboral dicha relación está afecta a los siguientes tributos[4]: (i) contribuciones a la Seguridad Social en Salud– EsSalud, (ii) aportaciones a un sistema previsional (Sistema Privado de Pensiones o Sistema Nacional de Pensiones), y (iii) el Impuesto a la Renta de quinta categoría.

En el personal designado, en cambio, dado que la empresa peruana que recibe el servicio no mantiene un vínculo laboral con dichos trabajadores, esta no los registra en sus planillas ni, por tanto, retribuye sus servicios, porque no se trata de trabajadores que estén bajo su poder de dirección o, en otras palabras, no se encuentran subordinados a la entidad nacional (sino más bien a su empleador extranjero). Por la misma razón, la empresa domiciliada no realiza el pago de contribuciones a EsSalud, ni efectúa retención alguna por aportes pensionarios o Impuesto a la Renta.

Esta situación particular permite plantearnos una primera interrogante: dado que nos encontramos ante una relación laboral ejecutada en territorio peruano, pero por encargo de un empleador extranjero ¿se puede estimar aplicable la legislación laboral peruana y, en particular, la tributario-laboral? Desde la perspectiva de la

única y exclusivamente por el empleador extranjero.

(4) Si bien podría discutirse la calificación de tributos de todos los conceptos referidos en: (i) y (ii), por ejemplo, los aportes al Sistema Privado de Pensiones), para efectos del presente trabajo nos referiremos a dichos conceptos dentro de dicha categoría.

empresa local esta pregunta es relevante en tanto le permite conocer el costo del servicio que ha contratado, pues si bien no es la empleadora del personal designado, naturalmente dentro de la retribución que le pague a la entidad extranjera por el servicio prestado se incluirán los costos de la remuneración y tributos de los trabajadores designados que resulten aplicables. Desde el punto de vista de los trabajadores, importa conocer cuál será su carga impositiva por los ingresos que generen.

Antes de responder dicha pregunta, escribiremos brevemente los tres tributos mencionados en los párrafos anteriores.

II. CONCEPTOS TRIBUTARIO - LABORALES

1. Contribuciones a EsSalud

Desde el año 1997, con ocasión de la publicación de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, se adoptó en el Perú un nuevo sistema de protección en salud, en virtud del cual, los trabajadores subordinados (afiliados regulares[5]), así como sus derechohabientes[6], pueden acceder a prestaciones diversas en materia de salud para el adecuado mantenimiento y recuperación de la misma, así como de su nivel de vida. Esas prestaciones, que son en principio brindadas por el Seguro Social de Salud-EsSalud (antes, Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS)[7], se financian a través de las aportaciones efectuadas por los empleadores de dichos trabajadores al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud (RCSSS), que equivale al 9% de las remuneraciones que abonan a su personal.

Las principales prestaciones que brinda el RCSSS son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones económicas, y prestaciones de bienestar y promoción social. Ello se encuentra recogido en el artículo 3° de la Ley N° 27056. A continuación incluimos un cuadro con la descripción de las referidas prestaciones:

(5) La Ley N° 26790 también considera como afiliados regulares a los pensionistas y a cualquier otro que sea calificado como tal por leyes especiales. Sin embargo, debido al alcance del presente trabajo, nos limitaremos a hacer referencia a los trabajadores subordinados y su régimen legal aplicable.

(6) De acuerdo con el artículo 3° de la Ley N° 26790, son derechohabientes el cónyuge o el concubino a que se refiere el artículo 326° del Código Civil, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios.

(7) Mediante la Ley N° 27056 se creó el Seguro Social de Salud - EsSalud sobre la base del IPSS. En virtud de la segunda disposición final y derogatoria de dicha norma se reemplazó toda mención al "Seguro Social de Salud" en la Ley N° 26790 y normas complementarias, por "Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud".

TIPO DE PRESTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Prevención y promoción de la salud	Educación para la salud, evaluación y control de riesgos e inmunizaciones
Recuperación de la salud	Atención médica, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles y servicios de rehabilitación
Bienestar y promoción social	Actividades de proyección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo
Económicas	Subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y sepelio.
Maternidad	Cuidado de la salud de la madre gestante, y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido.

Ahora bien, analizando la situación de los trabajadores designados, podemos concluir –desde la perspectiva de estos– que ellos no tienen acceso a las prestaciones de salud mencionadas, toda vez que no cuentan con aportes al RCSSS (porque, como ya hemos adelantado, su empleador es un sujeto no domiciliado en el país y la empresa peruana que recibe sus servicios no mantiene formalmente ningún vínculo jurídico con el trabajador designado). Evidentemente, si no existen aportaciones acreditadas a favor de una persona, esta no podrá gozar de las distintas prestaciones que otorga el RCSSS (artículo 10° de la Ley N° 26790).

2. Aportaciones previsionales

Actualmente, en nuestro país existe un sistema de pensiones alternativo a elección del trabajador, en virtud del cual este puede decidir su afiliación al Sistema Privado de Pensiones (administrado por las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP, y que funciona bajo la modalidad de cuentas individuales de capitalización) o al Sistema Nacional de Pensiones (que está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional-ONP, y opera bajo el sistema de reparto). Los aportes previsionales son financiados exclusivamente por los trabajadores (aunque son retenidos y pagados por los respectivos empleadores). En el caso del Sistema Privado de Pensiones, las aportaciones mensuales están compuestas por tres rubros: (i) un 10% de la remuneración asegurable que va a la cuenta individual de capitalización del trabajador, (ii) un porcentaje de la remuneración asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio; y (iii) un porcentaje cobrado por las AFP por concepto de comisión. En promedio, la tasa de aportación vigente al Sistema Privado de Pensiones es de 13.22%. En cambio, en el Sistema Nacional de Pensiones la aportación es única y equivale al 13% de la remuneración asegurable del trabajador.

Las principales prestaciones que brindan ambos sistemas son las siguientes: prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. A continuación, presentamos un cuadro describiendo las referidas prestaciones:

TIPO DE PRESTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Pensión de jubilación	Pensión a la que tiene derecho el afiliado al cumplir 65 años de edad (en el caso del Sistema Nacional se exige, además, una cantidad mínima de aportaciones).
Pensión de invalidez	Los afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial tienen derecho a recibir esta prestación.
Pensión de sobrevivencia	Pensión a la que tienen derecho los beneficiarios del afiliado, a la muerte de este.
Gastos de sepelio	Gastos de sepelio de los trabajadores afiliados al momento de su fallecimiento (solo en el Sistema Privado; el Sistema Nacional de Pensiones otorga un capital de defunción, si no hay beneficiarios de pensión de sobrevivientes).

La situación de los trabajadores designados en materia previsional es similar a la descrita en lo que a contribuciones de salud se refiere. En efecto, el personal extranjero designado, mientras dure su permanencia laboral en el país, no efectúa aportes a ningún sistema pensionario peruano, porque su empleador no es la empresa local que es la destinataria "final" de sus servicios, sino una entidad extranjera, con quien la primera ha celebrado un contrato de prestación de servicios.

3. Impuesto a la Renta

El Impuesto a la Renta que grava el trabajo personal y dependiente es el denominado de quinta categoría, y se encuentra regulado en el artículo 34° de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR). Para determinar el importe del impuesto, se debe determinar la condición fiscal del trabajador al inicio de cada ejercicio gravable, esto es, si califica como un sujeto domiciliado o no domiciliado.

En el caso de los extranjeros, estos califican como no domiciliados, y pueden adquirir el domicilio para efectos fiscales si cumplen con permanecer en el país por más de 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses. Una vez cumplida dicha condición, el cambio opera al 1 de enero del año siguiente. Por ejemplo, si un trabajador extranjero ingresa al país el 15 de agosto y permanece de manera continua en el territorio nacional, cumpliría el requisito de permanencia por más de 183 días recién en febrero del año 2013, por lo que para el año 2012 y 2013 calificará como no domiciliado; en el año 2014 podrá ser tratado como domiciliado para efectos del impuesto bajo análisis.

Los trabajadores no domiciliados solo tributan por sus rentas de fuente peruana, aplicándoseles una tasa única de 30%, sin que se les permita ninguna deducción. En cambio, los trabajadores domiciliados están sujetos a unas tasas escalonadas del 15%, 21% y 30%, y se les permite una deducción anual de 7 UIT (actualmente, S/. 25,550). Sin embargo, deben tributar por sus rentas de fuente mundial, aunque se admite que puedan tomar como crédito los impuestos pagados en el exterior para evitar un excesivo impacto fiscal (sujeto a ciertas condiciones y limitaciones establecidas en el artículo 88 de la LIR).

Si bien el impuesto a la renta es de cargo del trabajador, el responsable de su pago al fisco peruano es el empleador que abona rentas que califican como de quinta categoría quien actúa como agente de retención, conforme lo exige el artículo 75 de la LIR. Sin embargo, dicho dispositivo resulta aplicable solo a las empresas domiciliadas en el país, por lo que en el caso de los trabajadores designados, estos deben pagar directamente el impuesto a la renta que grava los ingresos que reciben por su trabajo subordinado en el Perú y, posteriormente, al momento de salir del país, presentar la documentación que demuestre el pago de impuestos, conforme al artículo 13° de la LIR.

En este punto, debemos recordar que, según el texto vigente de la Ley de Extranjería, los trabajadores designados no pueden realizar actividades que generan rentas de fuente peruana. Sin embargo, el artículo 9° de la Ley del Impuesto a la Renta dispone lo siguiente:

> "En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana: (...)
>
> f) Las originadas en el trabajo personal que se lleven a cabo en territorio nacional".

Si tenemos en consideración que la norma tributaria considera al ingreso obtenido por trabajo realizado en el Perú como renta de fuente peruana, como ya hemos adelantado, existiría una contradicción en la definición de la norma migratoria al considerar que los trabajadores designados se encuentran habilitados a realizar actividades laborales, pero no pueden percibir rentas de fuente peruana, pues naturalmente el personal extranjero debe ser retribuido (por su empleador no domiciliado) por su trabajo dependiente.

Esta contradicción entre la regulación migratoria y la tributaria ha sido resuelta por el Informe N° 236-2008-SUNAT/2B0000 de Sunat, del 11 de diciembre de 2008, en el que la Autoridad Tributaria concluye que los ciudadanos extranjeros enviados por su empleador extranjero que ingresan al territorio nacional bajo la calidad migratoria de trabajador designado generan rentas de fuente peruana para fines del Impuesto a la Renta por la ejecución de sus actividades laborales. En consecuencia, no cabe duda que dicho personal debe tributar en el país por las rentas que recibe de su trabajo dependiente.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS TRABAJADORES DESIGNADOS

Si bien en la actualidad no existe norma alguna que regule de manera general las relaciones laborales que presentan componentes internacionales, es decir, las que algún momento relevante de ellas (la celebración del contrato o el cumplimiento de la relación) se produce en el territorio de más de un Estado, consideramos

que, como lo señala NEVES[8], no debe aplicarse supletoriamente a las relaciones laborales la regulación civil para determinar la ley aplicable en este caso, por existir oposición de naturaleza.

Ahora bien, en nuestro concepto la ley laboral peruana resulta aplicable en los siguientes supuestos: (i) si el trabajador es contratado en el Perú para laborar en el país; (ii) si el trabajador es contratado en el Perú para laborar en el extranjero; y (iii) si el trabajador es contratado en el extranjero, pero presta servicios en el Perú (que es precisamente el caso de los designados). Estos criterios estaban recogidos en el Reglamento de la Ley N° 4916 (actualmente derogado), y fueron replicados por la jurisprudencia laboral (por ejemplo, en una sentencia de la Sala Laboral del 8 de setiembre de 1981).

Estos criterios inclusive han sido recogidos en el último Proyecto de Ley General del Trabajo, que en su artículo XIXI del Título Preliminar señala que "la presente Ley regula las relaciones laborales cumplidas en el Perú o nacidas de contratos de trabajo celebrados en el Perú"; lo que demuestra que su aplicación es, a nuestro modo de ver, aún pertinente[9].

Sin perjuicio de ello, dichos criterios no pueden ser extendidos, sin más, al ámbito tributario-laboral que nos ocupa, el cual tiene sus propias particularidades. Así, por ejemplo, en materia de pensiones, toda vez que los trabajadores designados vienen al país de manera esencialmente temporal, con la finalidad de desarrollar un servicio específico a favor de su empleador no domiciliado en el Perú, lo usual es que dichos trabajadores, una vez que cumplan con la labor para la que han sido asignados al país, regresen a sus lugares de origen y sea en dichos países en los que puedan y pretendan ejercer sus derechos de jubilación. Es más, dado que su empleador extranjero es el responsable del pago de sus remuneraciones durante el periodo de ejecución de labores en el Perú, lo regular será que se les retenga una porción de sus sueldos para fines previsionales en el extranjero. Siendo ello así, debe determinarse si el servicio que brindan los trabajadores designados estará sujeto a un doble descuento previsional, tanto en el Perú como en el extranjero. Lo mismo sucede para el caso de las contribuciones al sistema de salud, porque en cuanto al Impuesto a la Renta, ya hemos señalado que nuestra legislación sí regula el supuesto en concreto, al obligar a los trabajadores designados a efectuar el pago de dicho impuesto sobre la remuneración que reciben por su labor en el país, a través del pago directo del mismo. Ello sin perjuicio de las disposiciones especiales que puedan estar contenidas en los convenios de doble imposición celebrados por el Perú[10].

(8) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, agosto 2003, p. 89.
(9) No nos detendremos en el análisis del aspecto laboral por sobrepasar los alcances del presente trabajo.
(10) Nuestro país, por ejemplo, ha celebrado dichos convenios con Canadá, Brasil y Chile. En este último caso, es importante mencionar que los trabajadores no tributarán en el Perú si su presencia en el país no excede los 183 días en un periodo de 12 meses.

Entonces, para las contribuciones y aportaciones tributario - laborales, debemos acudir a los tratados vigentes celebrados por el Perú que puedan resultar aplicables al caso concreto y, solo en su defecto, a las normas de derecho internacional del Código Civil[11].

En este ámbito, podemos aplicar lo prescrito por el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante (La Habana, 20 de febrero de 1928), que en su artículo 198° establece que: "también es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador"[12]; esto es, que se debe aplicar la ley del país en el que se desarrolló la relación laboral[13]. Por tanto, siguiendo este criterio, en principio a los trabajadores designados sí les resultaría aplicable la legislación peruana que determina la obligación de efectuar contribuciones al Seguro Social de Salud-EsSalud y efectuar aportes a los Sistemas de Pensiones (naturalmente, mientras dure su designación en el país). Sin perjuicio de ello, dado que este es un tratado general, por aplicación del principio de especialidad podría resultar pertinente en un supuesto determinado otro tratado internacional más específico en materia de contribuciones de salud o aportes previsionales (por ejemplo, el celebrado con el país de domicilio del empleador del trabajador extranjero, que sí contenga previsiones especiales en dichas materias ante casos de relaciones laborales internacionales).

Si bien llegamos a la conclusión que en materia de aportaciones y contribuciones tributario-laborales la legislación peruana sí es de aplicación a los trabajadores designados, como ya hemos adelantado, en los hechos esto no ocurre, y los trabajadores designados rigen su vínculo jurídico con base en la legislación de su país de origen (o más precisamente el de su empleador). Como el tema del Impuesto a la Renta está claramente regulado (pues los trabajadores designados perciben renta de fuente peruana y deben tributar sobre ella), surgen interrogantes adicionales en el ámbito de las referidas contribuciones y aportaciones: ¿Cómo efectivizar los pagos a los sistemas de salud peruanos y previsionales en el caso de los trabajadores designados, si su empleador es una entidad extranjera? Y más aún, ¿es esta "doble regulación" (por la ley peruana como la extranjera) eficiente desde el punto de vista de los trabajadores designados? A nuestro modo de ver no en el ámbito pensionario, pues se entiende que quienes podrán acceder a prestaciones previsionales son quienes residen en el país (sean nacionales o extranjeros), y no quienes vienen al Perú por un tiempo limitado, pues en general para el acceso a una pensión se requiere de un determinado número de años de aportaciones como sucede en el Sistema Nacional de Pensiones. Si bien ello no es indispensable en el

(11) Ibídem, p. 86.
(12) Sobre el concepto de protección social, ver DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. "Protección Social Privada y Protección Social Pública: Dos Técnicas Convivientes". En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998, pp. 127-131.
(13) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 88; y RENDON VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Ital-Perú, Lima, 1992, pp. 11-54.

Sistema Privado de Pensiones, la misma lógica del sistema hace que sea necesario efectuar un número considerable de contribuciones para que la prestación sea de una entidad suficiente para sobrellevar adecuadamente el evento que desencadena la misma (edad de jubilación, invalidez, etc.). Como ya hemos mencionado antes, lo usual más bien es que los trabajadores designados mantengan su cotización previsional en sus países de origen, por lo que no habría necesidad de exigirles aportaciones en esa materia en el país.

Ante estas interrogantes trataremos de plantear algunas posibles respuestas, más aún si tenemos en cuenta que la conclusión jurídica a la que arribamos no se condice con lo que sucede en la práctica.

IV. PROPUESTAS RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESIGNADOS

1. Efectiva fiscalización del servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo

La primera alternativa a analizar no es, en puridad, tal. Se trata más bien de una medida para "sincerar" la situación de determinados trabajadores extranjeros.

La figura materia de análisis en esta ponencia se aplica cuando el personal asignado al país se encuentra subordinado a una empresa extranjera, que es la que actúa como su empleador, para efectos de ejecutar la prestación que ha sido contratada por una empresa local. Sin embargo, en los casos en los que se pueda demostrar que, en los hechos, el personal designado está efectivamente subordinado a la empresa local, se debería aplicar el principio de la primacía de la realidad para determinar al verdadero empleador.

En efecto, como señala PLÁ, el referido principio implica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos[14]. De ese modo, si en los documentos existe un convenio de prestación de servicios entre una empresa peruana y otra extranjera, en virtud del cual esta última desplaza a un trabajador extranjero para que labore en el país, pero en la realidad dicho trabajador extranjero es dirigido, supervisado y fiscalizado por la entidad local, el principio antes aludido nos llevará a concluir que el empleador real es la empresa peruana y, por tanto, que existe un vínculo laboral directo con esta entidad, que debe estar sujeto a todas las obligaciones tributario - laborales aplicables en el Perú (tales como contribuciones a EsSalud, aportaciones a un sistema previsional y retenciones por Impuesto a la Renta de quinta categoría). En otras palabras,

(14) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

el objetivo será detectar las relaciones laborales indirectas (por estar involucrado un empleador formal, en estos casos, extranjero) simuladas, y declarar su carácter directo, para que se reconduzca la situación del personal extranjero indebidamente calificado como designado, a la que ostenta el personal extranjero que sí está registrado en planillas y, por tanto, tiene la misma carga tributario - laboral que los trabajadores nacionales.

Una segunda forma de llegar al mismo objetivo es a través de las normas que regulan las prestaciones de servicios entre empresas (tercerización de servicios o intermediación laboral). Como se sabe, en nuestro país, la tercerización de servicios se encuentra regulada por la Ley N° 29425, el Decreto Legislativo N° 1038, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Dichas normas exigen que la prestación de servicios de una empresa a favor de otra, que implique la ejecución de una actividad principal de la receptora del servicio e involucre desplazamiento continuo[15] de personal, cumpla con los requisitos siguientes: (i) asumir los servicios contratados por su cuenta y riesgo; (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) ser responsables por los resultados de sus actividades; y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Los elementos característicos de dicha figura son, entre otros, (i) la pluralidad de clientes, (ii) que cuente con equipamiento, (iii) la inversión de capital y (iv) la retribución por obra o servicio. Las referidas normas son enfáticas en señalar que en ningún caso se admite la sola provisión de personal, es decir, el mero destaque de mano de obra[16].

Dado que las normas legales que regulan la tercerización no distinguen entre servicios prestados por empresas nacionales o extranjeras, consideramos que los requisitos exigidos a la tercerización pueden ser aplicados ante un supuesto de fraude en la contratación de trabajadores designados. En otras palabras, si en la relación de servicios entre el empleador extranjero del personal designado y la empresa nacional no se cumplen con los requerimientos de ley, se configuraría en la práctica una provisión de mano de obra (intermediación laboral) prohibida, que es sancionada con la incorporación en la planilla de la empresa principal (peruana) de los trabajadores desplazados (en este caso, personal extranjero designado).

Siguiendo cualquiera de los dos criterios, podemos reconducir relaciones laborales simuladas, para garantizar que los trabajadores extranjeros que sí se encuentren subordinados a una empresa peruana, sean registrados en la planilla de esta, y estén sujetos plenamente a la legislación peruana en materia tributario - laboral.

(15) Desplazamiento continuo se define en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR como aquel que se configura si: (i) ocurre cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o (ii) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

(16) En nuestro país el destaque de personal está estrictamente regulado (Ley N° 27626) y solo se admite en determinados supuestos (temporalidad, complementariedad y alta especialización en servicios no vinculados a la actividad principal).

Para tales efectos, los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo pueden ser una herramienta eficaz, pues la alternativa jurisdiccional implicaría que el propio trabajador designado presente una demanda contra su real empleador, lo cual es muy difícil que se materialice en los hechos. Cabe señalar que, en virtud del numeral 2) del artículo 2° de la Ley General de Inspección (Ley N° 28806), los inspectores de trabajo están facultados para aplicar el principio de primacía de la realidad, así como a verificar supuestos de destaque de personal prohibido, conforme al numeral 34.1 del artículo 34° del Reglamento de la norma señalada. Del mismo modo, la Sunat está habilitada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario a preferir los hechos sobre las formas.

2. Exigibilidad de contribuciones y aportaciones al empleador extranjero

Como ya hemos adelantado, a las relaciones laborales de los trabajadores designados (salvo que exista un convenio internacional más específico que regule el vínculo laboral internacional de manera distinta) les resultaría en estricto aplicable la legislación peruana en materia de contribuciones y aportes tributario - laborales.

Siendo ello así, podría concluirse que los empleadores extranjeros debieran estar obligados a pagar contribuciones a EsSalud sobre la base de las remuneraciones que acrediten a favor del personal designado al Perú, así como retener parte de dichas remuneraciones para destinarlas a un sistema de pensiones en el Perú.

Sin embargo, ello en la práctica constituye una medida inconveniente a nuestro modo de ver, pues que ello se materialice es, en el mejor supuesto, remoto[17] y, en todo caso, la posibilidad de las instituciones administradoras o recaudadoras de exigir el pago de los aportes es virtualmente nula. Asimismo, de lo que hemos podido conversar con funcionarios de dichas entidades, el que una empresa extranjera efectúe contribuciones y aportes tributario - laborales no parecer ser para ellos una opción viable.

3. Celebración de convenios internacionales en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales

En nuestro concepto, dada la poca eficacia de exigir el pago de contribuciones y aportes tributario-laborales a entidades no domiciliadas en el país, la solución idónea pasa por regular estas relaciones laborales internacionales en convenios entre Estados. Un ejemplo de ello, que analizaremos a continuación, es el Convenio

(17) Ello supondría que los empleadores extranjeros gestionen un número de Registro Único de Contribuyentes ante Sunat como establecimiento permanente, a fin de declarar a través de la Planilla Electrónica las contribuciones a EsSalud y los aportes al Sistema Nacional de Pensiones. En el caso del Sistema Privado, el número de RUC les posibilitaría la afiliación al sistema de AFP NET.

de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España, celebrado el 16 de junio de 2003 (que entró en vigencia el 1 de febrero de 2005).

El referido convenio regula, por parte de nuestro país, a la legislación relativa al RCSSS en el ámbito de las prestaciones sanitarias (de salud) y económicas; a la legislación relativa al Sistema Nacional de Pensiones, en lo referente a prestaciones económicas de invalidez, jubilación y sobrevivencia; y a la legislación relativa al Sistema Privado de Pensiones, en lo referente a las prestaciones económicas de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

En su artículo 7°, el referido convenio internacional contiene una regulación coincidente con la general recogida en el ya mencionado Código de Bustamante. En efecto el referido establece que: "los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio, estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8". Sin embargo, a continuación se establecen ciertas excepciones.

Precisamente, una de dichas excepciones resulta aplicable a los trabajadores designados. En efecto, el literal a) señala lo siguiente: "El trabajador asalariado al servicio de una Empresa, cuya sede se encuentre en el territorio de una de las Partes Contratantes y sea enviado por dicha Empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido en su totalidad a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo periodo de desplazamiento haya concluido". A renglón seguido, el inciso b) añade: "Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo a que se refiere el apartado anterior excediera de los dos años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte Contratante por un nuevo periodo, no superior a un año, a condición de que la Autoridad Competente de la segunda Parte u organismo en quien delegue dé su conformidad".

Como se aprecia, los trabajadores designados califican claramente en este supuesto, pues son desplazados a un territorio distinto del de domicilio de su empleador, por un periodo determinado de tiempo para ejecutar una prestación laboral específica. Esto se aclara aún más con lo previsto en el artículo 6° del Acuerdo Administrativo para la aplicación del convenio bajo análisis, que precisa que se considera desplazado al trabajador asalariado que presta sus servicios para una empresa domiciliada en una Parte Contratante y que se traslada temporalmente al territorio de la otra Parte Contratante para prestar sus servicios, manteniendo su vínculo laboral.

De este mismo modo, además, lo ha entendido el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en la resolución Ministerial N° 003-2009-TR, en cuyos

considerandos se expresa que el concepto de los trabajadores dependientes que se desplazan temporalmente, tanto para los que son desplazados al Perú como los que son desplazados desde el Perú, debe asimilarse el concepto de trabajador designado contemplado en el Decreto Legislativo N° 1043, norma que modificó la Ley de Extranjería.

Así, los empleadores de dichos trabajadores no estarán obligados a efectuar contribuciones a EsSalud ni efectuar retenciones por aportaciones pensionarios en el Perú, siempre que el destaque tenga una duración máxima de 2 años (salvo que sea para remplazar a otro trabajador ya previamente desplazado), prorrogable por 1 año más con la conformidad de la autoridad competente (en nuestro caso, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo).

Este mecanismo (suscripción de convenios) clarifica la situación del trabajador designado, al establecer que en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales se sigue rigiendo por su legislación de origen. Ello tiene plena lógica en materia pensionaria, pues se entiende que el trabajador pretenderá pensionarse bajo la legislación de su país y no en el Perú, por lo que se debe evitar que esté obligado a efectuar aportes a un sistema previsional nacional. Sin embargo, en nuestro concepto, sí representa un problema desde la perspectiva del trabajador en materia de protección en salud, pues al establecer que el trabajador designado continúa con la cobertura en salud de su país de origen, no admitiría que este reciba prestaciones de salud en el país en el que se encuentre desplazado temporalmente.

En efecto, si bien el artículo 9° del Convenio regula un supuesto de prestaciones de asistencia sanitaria en estancias temporales (que incluye la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud en casos de enfermedad común o profesional, maternidad o accidente, cualquiera que sea su causa), dicho supuesto solo se aplica para los trabajadores que, teniendo cobertura en salud en una de las partes del convenio, se desplacen temporalmente al país del cual son nacionales y que requieran de atenciones por emergencia médica o precisen de forma inmediata la asistencia sanitaria (que implica la situación en que la prestación de salud no pueda ser diferida sin que se ponga o se pueda poner en grave peligro la vida o la salud del interesado). Por ejemplo, un trabajador peruano asegurado en España que se desplaza temporalmente al Perú, ante una emergencia médica podría atenderse en EsSalud, con cargo a reembolso del Instituto Nacional de la Seguridad Social en España; ello también se aplicaría si un trabajador español tiene la nacionalidad peruana en virtud del Convenio de Doble Nacionalidad.

Similares disposiciones existen en los Convenios suscritos con Chile y Argentina, pues –con algunos matices– recogen la regla general de que los trabajadores deben regirse por la legislación del país donde realizan sus labores (principio

de aplicación territorial de la normativa nacional), siendo exceptuados de tal regla los desplazados temporalmente (en Chile por tres meses prorrogables, y en Argentina por doce meses prorrogables). Por tanto, la conclusión es la misma: se clarifica el panorama tributario - laboral para el empleador extranjero (que solo tiene que efectuar contribuciones y aportaciones en el país de origen), pero se genera un problema a los trabajadores designados en materia de salud[18].

Pese a ello, en nuestra opinión, la suscripción de convenios internacionales que permitan precisar que los empleadores de los trabajadores designados no están obligados a efectuar aportaciones y contribuciones en el país (porque dichas obligaciones subsisten en sus países de origen) es la solución idónea para clarificar la situación legal particular que se presentan en este tipo de relaciones laborales internacionales, desde la perspectiva laboral - fiscal. Siendo ello así, resulta deseable que la política en materia de relaciones exteriores del Perú continúe por esa línea, a fin de contar con más convenios internacionales en vigor en materia de aportaciones y contribuciones tributario - laborales. Sin embargo, dada la posible desprotección en materia de salud que ello representa (pues los trabajadores designados pueden presentar una enfermedad o pueden sufrir un accidente mientras están desplazados en territorio nacional), debería proponerse una solución complementaria para tales efectos.

En ese sentido, en nuestro concepto se debiera exigir como un requisito adicional a los solicitados por Digemin para obtener la visa de trabajador designado, que se acredite que el solicitante de la visa cuente con una cobertura médica en el país, que le permita la atención adecuada de su salud y la recuperación de la misma. Dicha cobertura debe ser suficiente, es decir, incluir prestaciones que se encuentran dentro de la capa simple (actualmente, PEAS) y de la capa compleja (ya que esta última cobertura podría ser necesaria ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, por ejemplo). Esta cobertura puede ser cubierta por su empleador extranjero, o por la empresa peruana que contrata a dicho empleador, pero debe asegurar la cobertura en salud dentro del territorio nacional.

La finalidad de esta cobertura médica es que el personal extranjero designado se encuentre protegido en el territorio nacional mientras ejecuta sus servicios en el Perú, pues sabemos que ellos mantendrán su cobertura principal en sus países de origen.

(18) Cabe señalar que el artículo 13° del Convenio suscrito con Argentina señala que las personas protegidas de una parte que por cualquier motivo se encuentren circunstancialmente en el territorio de la otra parte, tendrán derecho a asistencia médica sanitaria en caso de urgencia, siempre que justifiquen que están en uso de tal derecho en la primera, con cargo a la Entidad Gestora de dicha Parte, en los términos que los acuerdos especiales convengan. Sin embargo, tal supuesto no ha sido regulado en el Acuerdo Administrativo respectivo (ratificado mediante Decreto Supremo N° 077-2011-RE, del 17 de junio de 2011).

V. CONCLUSIONES

- La calidad migratoria de trabajador designado permite prestar servicios en el país de manera subordinada, a los extranjeros que vienen al Perú a realizar actividades laborales por encargo de su empleador no domiciliado.
- Pese que podemos concluir que en materia de contribuciones y aportes tributario-aborales dichos trabajadores están sujetos a la legislación peruana (en la medida en que la relación se ejecuta en nuestro territorio), en los hechos sus vínculos de trabajo se siguen rigiendo solamente por la legislación de sus países de origen.
- Como propuestas ante esta discrepancia entre la conclusión jurídica y la realidad, resulta deseable que los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo fiscalicen adecuadamente la situación del personal designado, para verificar si existen o no relaciones de trabajo indirectas simuladas. Por otro lado, no resulta conveniente exigir a los empleadores no domiciliados que efectúen aportes y contribuciones tributario - laborales en el Perú.
- El mecanismo idóneo para regular las contribuciones y aportes tributario - laborales de los trabajadores designados son los convenios internacionales. Sin embargo, los que actualmente están en vigor, si bien clarifican la situación de los designados, generan un problema de desprotección en salud. Ante ello, proponemos como medida complementaria el exigir como requisito para el otorgamiento de la visa de trabajador designado la acreditación de un seguro con cobertura de salud para el beneficiario.

APROXIMACIONES A LA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

Claudia CERMEÑO DURAND
Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO **I.** La transmisión de empresas. **1.** La empresa como objeto de transmisión. **2.** Mecanismos de transmisión de empresas. **II.** La transmisión de empresas en el derecho del trabajo. **1.** Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral. **2.** Garantías colectivas. **III.** A modo de reflexión final

Las decisiones de reorganización empresarial adoptadas por los accionistas de una persona jurídica, pueden dar lugar a la transmisión de la empresa o de una parte de la misma, lo que, sin duda alguna, incidirá en las relaciones laborales del personal involucrado. Sin embargo, las decisiones que se adopten en el marco del derecho societario, no son las únicas susceptibles de afectar a los trabajadores, pues existen otros supuestos regulados en diversas áreas del Derecho que también generan el traspaso de una unidad empresarial. Por ello, el estudio interdisciplinario de las relaciones laborales, nos conduce a la posibilidad de reflexionar acerca del fenómeno de la transmisión de empresas, sus efectos en los trabajadores, y la respuesta que el derecho del trabajo les ha brindado, temas a los que pretendemos aproximarnos en la presente ponencia.

I. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La transmisión de empresas es un fenómeno que tiene por resultado el cambio de titular en la empresa que ha sido objeto de transmisión, de manera que, efectuada la misma, la empresa se mantiene con los elementos patrimoniales y personales

necesarios para continuar operando[1]. Por ello, lo propio es indicar que existe una sucesión de empresarios, más no una sucesión de empresas, pues el cambio que opera luego del traspaso no está referido a la empresa, sino a la titularidad de la misma[2]. A continuación, nos referiremos a los elementos que la componen: i) el objeto de transmisión: la empresa; y, ii) los mecanismos que la permiten.

1. La empresa como objeto de transmisión

El fenómeno de la transmisión de empresas lleva implícita la consideración de la empresa como objeto de tráfico jurídico que, al ser traspasada, genera un cambio del titular de la misma. Nótese que el objeto del traspaso no es la empresa como tal, sino, de los elementos de la misma que en conjunto puedan llegar a ser considerados como "empresa". De esta manera, siempre que lo indicado tenga lugar, estaremos frente al fenómeno que es objeto de estudio de la presente ponencia, al que deberá de aplicársele las consecuencias que se detallarán más adelante[3].

a) Problemas de conceptualización de la empresa

La definición de "empresa" no es tarea sencilla, no solo porque en nuestra legislación nacional no encontremos una definición de la misma con carácter general para todas las ramas del Derecho, sino también, porque los constantes cambios económicos y las nuevas formas de producción y organización, hacen que la noción de empresa esté en constante cambio y redefinición. Así, por un lado, la empresa es un modelo construido por la ciencia económica, que la define como: "(...) la organización de los factores de la producción, capital y trabajo preordenada (sic) a una finalidad productiva o de distribución"[4]. Sin embargo, la "(...) falta de una traducción jurídica de esa concepción económica unitaria, y a la par, la existencia no menos relevante, de otros modelos de empresa procedentes de otras ciencias sociales"[5], exigen una conceptualización de la empresa desde el Derecho.

Así, tradicionalmente el Derecho mercantil ha conceptualizado jurídicamente a la empresa desde tres teorías: i) subjetiva, que identifica la figura de la empresa con la del empresario; ii) patrimonial, en donde la empresa es vista como un conjunto de bienes que serán afectados para el ejercicio del comercio; y, iii) institucional, que ve a la empresa como una comunidad orgánica y jerarquizada bajo la

(1) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 142.
(2) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Las relaciones del trabajo en la transmisión de la empresa*. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 195.
(3) ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino. "Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: Las etapas de un proceso de socialización". En: *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales. Zaragoza, Número 10-11*, 2003, pp. 191.
(4) MONEREO PEREZ, José Luis. La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Primera edición. Editorial IBIDEM, Madrid, 1999, p. 48.
(5) Ídem.

autoridad de un jefe, en donde sus miembros suministran sus fuerzas, sus capacidades o sus capitales[6].

Ahora, la adopción de alguna de las teorías citadas como concepto jurídico de empresa, pasa por un segundo análisis referido a si el concepto jurídico de empresa debiera ser uno para todo el campo jurídico[7] o si sería admisible una definición por cada rama del Derecho. Al respecto, coincidimos con lo sustentado por el profesor José Luis Monereo quien señala que: "No parece posible hoy construir un concepto jurídico general y unitario de empresa válido para todas las disciplinas jurídicas, las cuáles parecen contemplar a la empresa desde su particular punto de vista y para sus propios fines"[8]. Por ello, consideramos válida la construcción de una definición de empresa únicamente para efectos del derecho del trabajo, que se ajuste a sus propios fines, atienda a sus particulares necesidades, y sea útil para atender sus propios problemas.

b) Concepto de empresa en la legislación laboral peruana

En la legislación laboral peruana no es posible encontrar una definición unitaria de empresa, ni tampoco, un empleo coherente y armónico de dicho término, que nos permita inducir cuál es el concepto de la misma en nuestra legislación. A modo de ejemplo, el literal a) del artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en lo sucesivo, LPCL), se refiere a la empresa como un espacio de interacción entre los trabajadores y el empleador[9]. Por su lado, el artículo 48° de la LPCL, que regula el procedimiento de cese colectivo, identifica a la empresa con la figura del empleador, al indicar: i) que la empresa (no "el empresario") proporcionará al sindicato o a los trabajadores la información que precise los motivos para el cese colectivo y al conjunto de trabajadores afectados (literal a); y, ii) que serán la empresa (nuevamente, no el "empresario") y sindicato o trabajadores afectados, los que negociarán las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o medidas que pudieran adoptarse para evitar o limitar el cese de personal.

De esta manera, no existiendo una definición de empresa única para efectos laborales, tampoco parece ser de utilidad remitirnos a alguna de las teorías clásicas de la empresa antes anotadas. En efecto, se sostiene que: " (...) en el ámbito laboral

(6) ETALA, Carlos. "La empresa en el derecho del trabajo". En: PIAGGI, Ana. *Tratado de la empresa*. Primera edición. Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp.282-284.
(7) De esta posición parece haber sido el profesor Carlos Torres y Torres Lara, quien afirmaba la necesidad de la "(...) promulgación de una Ley General de la Empresa, que regule en forma unitaria y orgánica a la Empresa, sus obligaciones, el tráfico jurídico, su registro y su función social (...)". En: Testimonio empresarial: colección homenaje. Asesorandina, Lima, 2002, p. 264.
(8) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. Cit., 1999, p. 50.
(9) El citado artículo dispone lo siguiente: "Artículo 2.- (...) El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, (...), que podrán establecer normas relativas a (...) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa".

el concepto de empresa adquiere una caracterización diversa –o mejor dicho, una perspectiva y amplitud conceptual específica– a la que se opera en el ámbito de la economía y en la esfera mercantil y civil"[10]. De ahí que, ninguna de las teorías antes señaladas, que desde la doctrina mercantil se hubiesen sustentado, serían útiles para definir a la empresa dentro del derecho del trabajo[11].

Por todo ello, consideramos adecuado sostener que el término empresa "(...) presenta un peculiar aspecto en el ámbito laboral que pone su acento en la organización y dirección, que proporciona ocupación al trabajador (...)"[12]. Sin embargo, dicha organización requiere de determinado patrimonio susceptible de poder organizar el trabajo para su explotación, de modo que el conjunto de dicho patrimonio personal y material organizado, tengan por resultado una "(...) unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de determinados fines técnicos (...)"[13]. En ese sentido, consideramos acertada la conceptualización de "empresa" que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha efectuado, al definirla como "(...) una unidad económica con entidad propia y autónoma en cuanto conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados de forma autónoma que permita la continuidad de la actividad por el nuevo empresario"[14].

c) Características del concepto de empresa

En este orden de ideas, para entender que se ha efectuado una transmisión de empresa, sería necesario que se transmita un conjunto organizado de bienes que mantengan su identidad luego de la transmisión, de modo que puedan continuar siendo explotados por el nuevo titular. Dicha identidad se mantiene cuando luego de la transmisión es posible continuar con la explotación, en la medida que se cuenta con un "(...) conjunto organizado, de forma estable, de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"[15].

(10) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 216.
(11) En efecto, la teoría subjetiva ha sido superada por el derecho del trabajo, quién considera inadecuado identificar a la figura del empleador, que es quien detenta el poder de dirección, con la de la empresa. Con relación a la teoría patrimonialista, la misma no considera que empresa no es solo patrimonio, sino que dicho patrimonio (conjunto de bienes) debe encontrarse organizado de modo tal que permita al titular de la empresa ejercer su poder de dirección. Finalmente, como señala ETALA, Carlos, en: ob. cit., respecto de la postura institucionalista, se objeta las connotaciones comunitarias y corporativas de la misma pues –sobre todo los sectores sindicales– consideran que la empresa es más un espacio de conflicto permanente entre los trabajadores y el empleador, en donde la confluencia de intereses de ambas partes es meramente ilusoria (p. 284).
(12) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 215.
(13) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1999, p. 66.
(14) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, pp. 650-651.
(15) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "Transmisión de empresa y mantenimiento de los derechos de los trabajadores". En: *Revista Relaciones Laborales*. Tomo Madrid, 2006-I, p. 85.

Ahora bien, con relación a la organización de la empresa, esta "(...) puede estar organizada de modo unitario o desdoblarse en diferentes organizaciones técnicas (...) Pero también en una empresa organizada de modo unitario pueden coexistir diversas industrias o unidades productivas"[16]. Atendiendo a esto, es que la transmisión puede efectuarse respecto de la integridad de la empresa, o de una parte de la misma. Lo importante, nuevamente, es que la sección que se traspase califique como empresa, y que luego de dicha transmisión, mantenga su identidad como tal.

Por otro lado, la exigencia de elementos patrimoniales en la conceptualización de empresa como objeto de la transmisión, se justifica en que, precisamente, ese desplazamiento patrimonial de un empresario a otro es lo que permite que el nuevo empresario asuma las deudas y responsabilidades del anterior. Así, es la vinculación que ostentan los contratos de trabajo con el conjunto organizado de bienes y derechos que constituyen la empresa, lo que justifica que los mismos continúen con el nuevo titular de la misma luego de su transmisión[17].

Ahora, lo señalado no desconoce la existencia de rubros económicos en donde la actividad empresarial se desenvuelve con base en intangibles (bienes inmateriales) y no a bienes físicos, pues tales bienes inmateriales son también patrimonio, y por ello, para afirmar una transmisión de una empresa basada en intangibles, será necesario una traspaso de dicho patrimonio, organizado, y que mantenga su identidad luego del traspaso[18]. De ahí que, no consideramos adecuado sostener que, en aquellos sectores en donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, existe una transmisión de empresa cuando, si bien no ha habido una transmisión de activos, ha existido una transmisión de trabajadores que en conjunto ejercen una actividad común y por ello constituyen una entidad económica a efectos de una transmisión.

En efecto, se sostiene que el solo traspaso de trabajadores no puede dar lugar a una transmisión de empresa, dado que se está confundiendo el efecto con la causa, pues la transmisión de los trabajadores opera por efecto del traspaso de una empresa, y no al revés. Asimismo, también se alega que de ser así, se estaría dejando al arbitrio de los empresarios decidir en qué momento opera una transmisión de empresas, pues bastaría que ellos decidieran no transmitir a ningún trabajador para que no opere la transmisión, lo cual resta de efectividad a la institución de continuidad en la transmisión de empresas[19]. En atención a todo lo indicado, es que compartimos lo sostenido por la doctrina española mayoritaria, respecto a que es necesaria

(16) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, pp. 212-213.
(17) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Ob. cit., 2002, p. 666.
(18) DESDENTADO BONETE, Aurelio. (2002) "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Año 6, Número 38, Madrid, 2002, pp. 249-250.
(19) Ibídem, p. 254.

la transmisión de elementos patrimoniales (activos), ya sean estos materiales o inmateriales, para la configuración de un traspaso de empresa[20].

2. Mecanismos de transmisión de empresas

La doctrina mayoritaria coincide en no definir ni enumerar a los mecanismos a través de los cuales puede transferirse una empresa, atendiendo a la gran variedad de situaciones que pueden generarla, siendo inútil efectuar un estudio detallado de cada mecanismo en particular[21]. En efecto, la regulación de los mecanismos que den lugar a una transmisión de empresas, no es una tarea que corresponda al derecho del trabajo, sino a las áreas encargadas de los mismos (derecho de contratos, societario, administrativo, etc.). De ahí que, la tarea del derecho del trabajo frente a los mismos, es observar y analizar sus efectos, con la finalidad de imponerle reglas o condiciones que eviten perjuicios a los trabajadores involucrados en tales procesos[22].

Por ello, lo relevante para que exista una transmisión de empresas no es el mecanismo a través del cual se efectúa, sino que dicho mecanismo tenga por resultado el cambio de titularidad de la empresa[23]. Al respecto, la titularidad de una empresa la ostenta quien tiene el derecho de explotación de la misma, lo que no se relaciona necesaria ni directamente con la propiedad de los bienes, sino, con la posibilidad de dirección y gestión[24]. En ese sentido, los titulares serán aquellos que "(...) ostent[en] la condición jurídico de empleador cuando adicionalmente organicen y reciban la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena"[25]. Así, la expresión "cambio de titularidad" ostenta un alcance omnicomprensivo, en la medida que "(...) se puede producir no solo por cualquier negocio jurídico, sino también por cualquier acto, jurídico o no, susceptible de producir el efecto traslativo"[26].

(20) El mero traspaso de trabajadores de una empresa hacia otra, calificaría como una cesión de posición contractual, figura regulada en los artículos 1435° al 1439° del Código Civil. En efecto, conforme con el artículo 1435° del Código Civil. "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. [Para ello] Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión (...)". Obsérvese que, en la cesión de posición contractual (mero traspaso de trabajadores), a diferencia de la transmisión de empresa, se exige la aceptación de los trabajadores cedidos, no siendo válida la transferencia sin la manifestación de voluntad del trabajador. Sobre el particular puede verse: ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, pp. 142-143.

(21) ARCE ORTIZ, Elmer. "Puntos críticos sobre cambio de titularidad". En: *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen 3, 2003, p. 107.

(22) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. Ob. cit., 2006, p. 76.

(23) Como anota Monereo en: Ob. cit., 1987, la ventaja de aludir al cambio de titularidad es: i) se comprenden todos los negocios jurídicos o actos jurídicos susceptibles de producir ese efecto; y, ii) es irrelevante la causa del cambio, desde el momento en que el presupuesto para la aplicación de la normativa queda integrado con el simple cambio de titularidad de la empresa (p.191).

(24) Idem.

(25) MONEREO PÉEREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, pp. 195.

(26) ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino. Ob. cit., p. 188.

No obstante lo indicado, y sin ánimos de desconocer la variedad de títulos que pueden dar lugar a un cambio de titularidad, es necesario efectuar una clasificación de los mismos, con la finalidad de exponerlos de manera ordenada y sistemática[27]. De esta manera, y basándonos en la clasificación propuesta por José Luis Monereo, a continuación expondremos los principales supuestos regulados en la legislación nacional, que podrían tener por resultado la transmisión de una unidad empresarial.

a) Transmisión por actos "inter vivos" voluntarios

Se trata de un cambio de titularidad que opera como consecuencia de un acto o negocio jurídico, mediante el cual, se traslada el derecho de una persona natural o jurídica a otra, con el pleno ejercicio de la libertad de determinación de sus titulares. Estos pueden dividirse a su vez en: i) aquellos que se producen por efecto del traspaso del derecho; y, ii) los que se producen por efecto de la constitución del derecho sobre la existencia de uno más amplio[28].

Con relación a los mecanismos que permiten la transmisión de una empresa, a través del traspaso de la propiedad o dominio de la misma, es posible encontrar en este categoría a: i) la compraventa de empresa o de una parte de la misma (conjunto de activos que califiquen como empresa), regulada en los artículos 1529° y siguientes del Código Civil (en lo sucesivo, CC); ii) la permuta (artículo 1602° y siguientes del CC), en virtud de la cual, se intercambian bienes en donde uno de ellos, por lo menos, califica como empresa; iii) donación (artículo 1621° del CC) de una empresa o de parte de la misma; iv) dación en pago (artículos 1625° y 1266° del CC), en el supuesto que se cancele la prestación total o parcial de una obligación, mediante la entrega de un conjunto de activos que califiquen como empresa.

Asimismo, pertenecen al grupo de mecanismos antes indicados, los procesos de reorganización societaria regulados en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (en lo sucesivo, LGS), que tengan por resultado la transmisión de una empresa. En efecto, si bien es claro que en la fusión siempre habrá una (o más de una) transmisión de empresas, lo mismo no sucederá con la escisión y la reorganización simple, pues en estos casos, será necesario que el bloque patrimonial que se segregue para constituir una nueva sociedad o para integrarlo a una preexistente, califique como empresa según los criterios antes estudiados[29]. Asimismo, si bien

(27) Ibidem, p. 190.

(28) MONEREO PEREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 375.

(29) Si bien hemos unido el comentario aplicado a la escisión con el de la reorganización simple, ello no quiere decir que desconozcamos sus diferencias a nivel societario. De hecho, como indicara Enrique Elías Laroza en: *Derecho Societario Peruano*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2004. La diferencia entre la escisión y la reorganización simple radica en que las acciones o participaciones que se emiten a cambio de la transferencia del bloque patrimonial en la reorganización simple, se entregan a la sociedad que segrega los bloques, y no a los socios o accionistas de la misma, como sucede en la escisión parcial (p. 841). Sin embargo, dicha diferencia no tiene mayor incidencia para efectos de la transmisión de empresas.

la transformación forma parte de los procesos de reorganización societarios[30], la misma no constituye un mecanismo de transmisión de empresas, pues no da lugar a cambio de titularidad alguno[31].

De otro lado, con relación a los mecanismos voluntarios de transmisión de empresas, que se producen por efecto de la constitución de un derecho de disfrute, goce o uso, sobre la existencia de un derecho preexistente más amplio[32]; es posible encontrar en esta categoría a: i) la cesión a título oneroso del uso de una empresa a través de un contrato de arrendamiento (artículos 1666° y siguientes del CC), o gratuito mediante un contrato de comodato de empresa (artículos 1728° y siguientes del CC); ii) la cesión del uso y disfrute de una empresa mediante la constitución de un derecho de usufructo. Sobre el particular, recuérdese que hemos indicado que la titularidad de una empresa no se relaciona necesariamente con la propiedad de los bienes organizados que constituyan una empresa, sino, con la posibilidad de dirigir y gestionar a los mismos en todo su conjunto.

b) Transmisión por actos inter vivos coactivos o necesarios

Este tipo de mecanismos están referidos a los cambios de titularidad que se producen por disposición de un sujeto ajeno a aquel que ostenta la titularidad de la empresa, generalmente referido al Derecho Público, mediante la voluntad de un autoridad legislativa, administrativa o judicial. Al igual que con los actos inter vivos voluntarios, estos mecanismos también pueden subdividirse entre los que tiene por resultado el traspaso del derecho de titularidad, y los que constituyen un derecho en base a otro[33].

Como ejemplo de acto coactivo que tiene por resultado el traspaso del derecho de titularidad de una empresa, es posible considerar a los casos de estatización de empresas, que si bien actualmente no son usuales en nuestro medio debido a que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria, de tener lugar, habría un cambio de titularidad de la empresa a favor del Estado. Asimismo, es posible encontrar dentro de este campo, los supuestos de venta judicial de bienes inmuebles sometidos a hipoteca[34], cuando los mismos, por sus características, constituyan una empresa según lo indicado anteriormente.

(30) Al respecto, el artículo 333° de la LGS dispone: "Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en algunas de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña el cambio de personalidad jurídica". Un ejemplo de ello sería una sociedad anónima abierta que se transforma para ser sociedad anónima cerrada.
(31) MONEREO PEREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 408.
(32) Ibidem, p. 385.
(33) Ibidem, p. 447
(34) Al respecto, el artículo 1097° del Código Civil, dispone que: "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado".

De otro lado, como ejemplo de acto necesario de transmisión que se genera por la constitución de un derecho con base en uno más general, consideramos que se ubicaría en esta categoría, los supuestos de restructuración patrimonial de empresas sometidas a concurso, en donde la titularidad de las mismas pasa a la Junta de Acreedores. En efecto, de acuerdo con el artículo 63° de la Ley General del Sistema Concursal, la Junta de Acreedores tiene la potestad de adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento de la empresa en concurso durante el procedimiento, incluyendo aprobación de balances, adopción de algún proceso de reorganización societario, entre otros. Por ello, en la medida que es la Junta quien ostenta el poder de gestión y dirección de la empresa (y ya no el titular originario) se habría sucedido una transmisión sin que medie la voluntad del titular original.

c) Transmisión por actos mortis causa

Finalmente, con relación a las transmisiones de empresas por actos mortis causa, nos referimos a los supuestos de cambio de titularidad que tienen su origen en la muerte de su titular, ya sea este persona física o persona jurídica, y siempre que su extinción no tenga como consecuencia la extinción de la empresa. Con relación a las empresas cuyo titular sea una persona jurídica, es claro que la extinción de la persona jurídica llevará implícita la liquidación de la empresa, lo que impide una transmisión de empresas en este supuesto[35].

Sin embargo, cuando el titular de la empresa es una persona física, sí es posible apreciar la transmisión de su titularidad. Al respecto, el artículo 16° de la LPCL, indica que el fallecimiento del empleador cuando es persona natural, constituye una causa de extinción del contrato de trabajo. Por su lado, el artículo 17° de la LPCL indica que el fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquel es persona natural, sin perjuicio de que por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. No obstante lo indicado, nada obstaría para que los herederos decidan aceptar la empresa como herencia, sucediéndose en ese caso, una transmisión de la misma[36].

II. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo tiene por objeto de estudio a aquel se presta en relación de dependencia, cuya finalidad es equiparar a través de la intervención estatal, aquellas diferencias que en los hechos existe entre el titular de los medios de producción (el empleador) y los trabajadores. De ahí que, estimamos que la regulación

(35) MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., 1987, p. 197.
(36) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 110.

laboral de la transmisión de empresas, debiera partir de identificar los efectos que dicho fenómeno genera en los trabajadores involucrados, para luego, introducir los mecanismos necesarios para contrarrestar las consecuencias negativas que, al carecer de justificación objetiva y razonable, no debieran ser toleradas por el derecho del trabajo. Así, las garantías que desde el derecho del trabajo pueden establecerse frente a los efectos de la transmisión de empresas, pueden clasificarse en aquellas destinadas a tutelar la esfera individual del trabajador, y en otras destinadas a la protección del mismo en el ámbito colectivo.

1. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral

El estudio de los efectos individuales, vendría referido a la "(...) incidencia de la transmisión de empresa en el contrato (...) [del trabajador]"[37], esto es, básicamente, el estudio de cómo dicho fenómeno incide en la continuidad del vínculo de trabajo y de las condiciones laborales del personal afectado. Asimismo, dependiendo de si la transmisión de empresas tiene por efecto la concentración de unidades empresariales, que antes de la transmisión eran autónomas entre sí, es posible identificar un tercer ámbito de análisis referido a la "(...) trastocación (sic) de las condiciones de trabajo, como consecuencia de los procesos de integración de plantillas (...)"[38].

Al respecto, actualmente no existe legislación nacional que regule las consecuencias laborales de la transmisión de empresas[39]. No obstante ello, la consagración del derecho a la estabilidad en el trabajo en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú[40], y el principio de continuidad laboral, permiten asegurar que los trabajadores involucrados en tales fenómenos, no vean extinguido su vínculo laboral con ocasión de la misma[41]. En efecto, la estabilidad laboral nos llevaría a defender la intangibilidad del contrato de trabajo a menos que, excepcionalmente,

(37) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, p. 646.

(38) ROCHA, Fernando y ARAGÓN, Jorge DOC 1/2001. El papel de las relaciones laborales en los procesos de fusión de empresas. Documento de trabajo. Madrid. Consulta: 15 de enero de 2011. En: <http://www2.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc102.pdf>.

(39) En julio de 1995, la tercera disposición final de la Ley N° 26513 derogó a la Ley N° 4916, Ley del Empleador Particular, y a sus normas reglamentarias (Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 y Decreto Supremo de 14 de abril de 1944), que regulaban la conservación de la antigüedad, derechos y de beneficios sociales, en supuestos de venta, cesión, traspaso, locación o fusión de negocios. Para una exposición más detallada de cómo se reguló en el pasado la sucesión de empresas, puede verse: MORALES CORRALES, Pedro G. "La sucesión empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano-Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. SPDTSS, Lima, 2004, pp. 257-278.

(40) El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico 118 de la Sentencia recaída Expediente N° 00025-2007-AI/TC, que el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo y la protección contra el despido arbitrario, se encuentra recogido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú de 1993, cuando señala que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

(41) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 106.

concurra alguno de los supuestos de extinción previstos en la ley, para lo cual deberán observarse los requisitos que el legislador hubiese fijado para ello.

En la misma línea, el principio de continuidad reconoce al trabajador el derecho de permanecer en su puesto de trabajo tanto tiempo como dure la actividad empresarial y los objetivos para los que fue contratado, salvaguardando su derecho a renunciar cuando lo estime conveniente, y siempre que para ello observe el procedimiento de ley[42]. Así, la vocación de permanencia que ostenta el contrato de trabajo, lo hacen resistente a las diversas situaciones que se presenten durante su ejecución, lo que permitirá introducir las modificaciones que las necesidades que se vayan presentando exijan[43]. Ahora bien, nótese que la modificación subjetiva del contrato de trabajo solo puede darse en la figura del empleador, quien continuará la explotación en las mismas condiciones que su predecesor. En efecto, al ser la prestación del trabajador personalísima, su cambio supondría la extinción del contrato de trabajo[44].

De esta manera, la doctrina coincide en que, frente al cambio de titularidad en la empresa objeto de una transmisión, el nuevo titular se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior. Dicha subrogación, tiene una doble garantía: i) por un lado, asegura la continuidad de las relaciones jurídicas; y, ii) del otro, asegura la subrogación del nuevo empresario en las obligaciones del anterior, esto es, en las condiciones laborales del personal involucrado. No obstante ello, consideramos que el efecto neutralizador del principio de continuidad en la transmisión de empresas, resulta insuficiente para enfrentar las reales consecuencias que estos fenómenos tienen en el personal involucrado, pues los problemas que pueden generar "(...) no queda[n] adecuadamente resuelt[os] con la aplicación sin más de la regla de la continuidad y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores"[45].

En ese sentido, a continuación enumeraremos algunas cuestiones relativas al ámbito individual de los trabajadores involucrados en los procesos de transmisión de empresa que, siendo susceptibles de generar problemas, requerirían de algún tipo de regulación por parte de nuestro legislador:

- Definir en qué momento se produce la transmisión de una empresa, y por ende, se traspasan los derechos y obligaciones laborales del titular originario hacia el nuevo titular. En efecto, los traspasos de empresa pueden efectuarse a través de largos procesos y diversas fases, que llegan a

(42) MORALES CORRALES, Pedro. "La sucesión empresarial". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano - Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), Lima, 2004, p. 259.

(43) PUNTRIANO ROSAS, César. "Sustitución del empleador y el principio de continuidad laboral". En: *Revista Diálogo con la jurisprudencia*. Número 112, Lima, 2008, p. 242.

(44) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, p. 141.

(45) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "Sucesión de empresa y sucesión de actividades". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2007-I, p. 141.

complicar la fijación de una fecha determinada de traspaso. Asimismo, dejar al arbitrio de los empresarios determinar dicha fecha, puede prestarse a prácticas abusivas por parte de los mismos, con la finalidad de reducir el universo de trabajadores amparados por la aplicación del principio de continuidad. Atendiendo a ello, es necesario precisar el momento a partir del cual se entiende traspasada una empresa, y en consecuencia, el nuevo titular se subroga en las obligaciones del anterior[46].

- Analizarse la viabilidad de establecer el derecho de los trabajadores, de resolver el contrato de trabajo en caso las modificaciones que se efectúen luego de la transmisión, resulten ser severamente peyorativas, a cambio de una debida indemnización. En efecto, los actos de hostilización equiparables al despido regulados en el artículo 30° de la LPCL, y que dan derecho a una indemnización, resultan insuficientes y limitados frente al fenómeno de la transmisión de empresas, dado que tan solo se comprenden como tales los supuestos de reducción de remuneraciones (literal b) del artículo 30°, LPCL) y traslado del trabajador a lugar distinto de donde habitualmente presta sus labores (literal c) del artículo 30°, LPCL), y además, en el primero se exige que sea inmotivada, y en segundo, que haya intensión del empleador de perjudicar al trabajador.

- Es preciso delimitar los alcances de la subrogación del empleador, esto es, si solo se subrogará en los derechos ya adquiridos por los trabajadores, o si también lo hará respecto de aquellos derechos que se encuentren en vía de adquisición. En concreto, nos estamos refiriendo a los beneficios del empleador referidos a planes de pensiones o de *stock options* (programas de opciones de compra de acciones), los que se caracterizan por vincular la entrega del beneficio con la permanencia del trabajador en la empresa, tema que, por merecer una reflexión más profunda, no podrá ser abordado en el presente trabajo.

- Consideramos que constituye un aspecto importante en la regulación de presente tema, el establecimiento de mecanismos que permitan homogeneizar las condiciones de trabajo del personal involucrado, cuando tales fenómenos tienen por resultado la concentración de dos o más organizaciones laborales en una sola. Sobre el particular, la respuesta a nivel de jurisprudencia comparada, ha sido más escasa en relación con los temas antes mencionados, dejando la tarea de homogeneización de categorías y

(46) Ibidem, pp. 152-153.

condicionales salariales, al poder de dirección del empleador o a la negociación entre el nuevo empleador y los trabajadores.

- Finalmente, la legislación comparada ha consagrado la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario, en caso de transmisión de empresas, respecto de los créditos laborales generados con anterioridad a la fecha de transmisión. En efecto, se trata de "(...) una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes"[47]. Así, mientras a nivel legislativo no se indique nada sobre el particular, no existe responsabilidad solidaria entre el cedente y la adquirente, pues la solidaridad en las obligaciones no se presume, sino que debe ser acordada entre las partes o impuesta por norma expresa[48].

2. Garantías colectivas

Basándonos en cómo la legislación comparada ha regulado las garantías laborales colectivas de los trabajadores involucrados en los procesos de transmisión de empresas, es que considerados que el análisis de las mismas debiera comprender el estudio de: i) la continuidad de los convenios colectivos de trabajo; ii) el mantenimiento de la representación sindical y protección de los representantes de los trabajadores; y, iii) el reconocimiento de los derechos de información y consulta del personal involucrado en dichos procesos[49].

- Con relación a la vigencia del convenio colectivo, el literal e) del artículo 43° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dispone que el convenio colectivo "continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares". Al respecto, si bien la citada disposición es coherente con el principio de continuidad de las relaciones laborales antes anotado, el mismo podría generar –entre otras– las siguientes cuestiones: i) ¿qué convenio pasaría a regular a los trabajadores transferidos, una vez terminada la vigencia del convenio de la empresa objeto de traspaso, sin que se haya suscrito otros convenio?; ii) en caso de no haberse suscrito nuevo convenio, ¿sería admisible la ultractividad del convenio de la empresa traspasada, luego de

(47) DESDENTADO BONETE, Aurelio. Ob. cit., p. 258.
(48) PUNTRIANO ROSAS, César. Ob. cit., p. 247.
(49) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "Las garantías colectivas en la transmisión de empresa". En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, Tomo 2002-I, p. 678.

haber terminado su vigencia, con la finalidad de evitar vacíos normativos?; iii) cuando la norma se refiere que el convenio continúa, además de las figuras ahí detalladas, en "otras situaciones similares", ¿es posible introducir por dicha vía a todo tipo de mecanismos que tengan por resultado una transmisión de empresas?[50].

- De otro lado, con relación al mantenimiento de la representación sindical y de las medidas de protección de los representantes sindicales, nuestra normativa interna no ha previsto regulación alguna sobre el particular, lo que exige un mayor trabajo del legislador en este campo.
- Finalmente, con relación a: i) la obligación de informar a los trabajadores afectados por la transmisión de empresas, tanto de cedente como de la cesionaria, de todos los aspectos vinculados a la transmisión que incidan en las relaciones de trabajo de los mismos; y, ii) al reconocimiento del derecho de los trabajadores a efectuar las consultas del caso, sobre todo en el supuesto de que la transmisión involucre la adopción de medidas laborales; nuestra legislación laboral tampoco ha previsto los mecanismos que hagan viable el ejercicio de los derechos de información y consulta.

III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido observar, nuestra legislación laboral actual no regula las consecuencias de la transmisión de empresas en los trabajadores, siendo por ello que el profesor Elmer Arce señala que existe una "anomia legislativa" que, si bien se resuelve en parte con la aplicación del principio de continuidad, ello no resulta suficiente[51]. Sin embargo, es preciso anotar que el actual Proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante, PLGT), sí regula a este fenómeno en dos de sus artículos, los artículos 9° y 10°[52].

(50) Un estudio detallado sobre la vigencia del convenio colectivo en los procesos de transmisión de empresas puede encontrarse en: UGAZ OLIVARES, Mauro. "Transmisión de empresa y convenio colectivo". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 397-421.

(51) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2008, pp. 144.

(52) Los artículos 9° y 10° del PLGT, indican lo siguiente:
"Artículo 9°.- Reorganización de la empresa o sustitución del empleador
Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados. Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados. Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Estos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio".
"Artículo 10°.- Efectos laborales de la transmisión de empresa
En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso. Ambos responden solidariamente

Al respecto, el artículo 9° del PLGT regula los actos de reorganización de la empresa que, como ya hemos indicado, constituyen un supuesto de transmisión. Asimismo, dicho artículo, excluye a los supuestos de cambio de titularidad, de los actos de reorganización. Por su lado, el artículo 10° del PLGT, si hace una directa alusión a los efectos de las transmisiones de empresas, regula el deber de informar a los trabajadores afectados por las mismas, y consagra la responsabilidad solidaria entre la cedente y adquirente. No obstante ello, y sin ánimos de desconocer el intento del legislador de otorgar un marco regulatorio al fenómeno al que nos hemos vendo refiriendo, consideramos que el mismo no se encuentra exento de algunas cuestiones, las que a continuación pasaremos a detallar.

En primer lugar, el artículo 9° del PLGT parece limitar los efectos de la continuidad a los casos de reorganización empresarial, dejando desprovistos de protección, los diversos supuestos que pueden dar lugar a una transmisión de empresas. De esta manera, el PLGT se aleja del criterio predominante en la legislación comparada de optar por no regular los procedimientos de transmisión, sino tan solo, los efectos del cambio de titularidad[53]. Asimismo, dicho artículo introduce una diferenciación confusa y arbitraria entre actos de reorganización empresarial y supuestos de cambio de titularidad[54], no obstante que –como ya se ha indicado– los actos de reorganización empresarial configuran uno de los tantos supuestos de cambio de titularidad en la empresa.

De otro lado, el artículo 10° del PLGT regula los efectos de la transmisión de empresas; sin embargo, en ninguna norma precedente se hace mención a cuándo se entiende transferida una empresa, ni se indica qué ha de entenderse por empresa. Asimismo, tomando en consideración que el artículo 9° del PLGT distingue entre reorganización de empresas y supuestos de cambio de titularidad, ¿en cuál de aquellos grupos existiría una transmisión de empresas? Doctrinariamente hemos demostrado que en los dos, y ello hace más innecesaria aún la diferenciación entre los mismo.

Asimismo, si bien la norma regula una obligación de informar, la misma no es clara respecto de quiénes son los trabajadores que deberán recibir la comunicación, ni de cuál será su contenido, así como tampoco, se imponen sanciones eficaces en caso de incumplimiento[55]. De la misma manera, el deber de información que se regula, no prevé un periodo de consultas ni de negociación entre los

de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución. El adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución".

(53) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., 2003, p. 107.

(54) Ibídem, p. 108.

(55) DESDENTADO BONETE, Aurelio. Ob. cit., p. 261.

trabajadores y el nuevo titular, lo que de cierta manera, deja sin contenido a la obligación de informar[56].

Como puede observarse, el estudio de la transmisión de empresas en nuestro medio, reviste de cierta dificultad, pues al no contar con un cuerpo normativo que pueda servirnos de referencia, al final del día es posible encontrarnos con más dudas antes que certezas. De ahí que, el título de la presente ponencia no es fortuito, pues la gran cantidad de aristas desde las que puede abordarse el estudio de este fenómeno, no permiten agotar su estudio en un solo trabajo. Por todo ello, es necesaria una mayor investigación y debate del fenómeno en cuestión, por parte de los que estudian al derecho del trabajo, con la finalidad de avanzar cada día más en la profundización de su estudio; tarea a la que, precisamente, hemos intentado dedicarnos en esta oportunidad.

(56) Idem.

LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: UN NUEVO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Ana CRISANTO CASTAÑEDA

Doctora en Derecho (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España). Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo (Universidad de Piura, Perú).

SUMARIO

I. Introducción. **II.** El Caso Coleman. **1.** Supuesto de hecho. **2.** ¿Por qué se acudió ante el TJCE?: Origen de las cuestiones prejudiciales. **3.** La sentencia. **III.** Breve referencia a la prohibición de discriminación en el ámbito laboral peruano. **IV.** Discriminación por asociación: el fundamento de su protección. **V.** Delimitación de la discriminación por asociación. **VI.** Conclusiones. **VII.** Propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

Las expresiones tan conocidas como "la realidad es más rica que el Derecho" o "los hechos van por delante de la norma", se aplican perfectamente al tema que se aborda en el presente trabajo. Hace algunos años, en concreto el año 2008, mereció especial atención en la doctrina científica extranjera una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) –más conocida como el "Caso Coleman"– en la que se declaraba que una norma de Derecho Comunitario en materia laboral[1] protege frente a un nuevo supuesto de discriminación,

(1) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de la Comunidad Europea, de 02/12/2000, N° L 303, pp. 0016-0022).

denominado discriminación por asociación, discriminación transferida[2] o igualmente llamada discriminación refleja[3].

Sin perjuicio de analizar esta figura en los siguientes apartados, basta mencionar ahora que este tipo de discriminación abarca aquellas situaciones desfavorables que experimenta una persona no por ser ella en quien recae el "factor discriminatorio" –origen étnico, religión, discapacidad, etc.–, sino **por su relación** con otra persona que sí posee ese factor[4].

La aparición de la "discriminación refleja" generó la reflexión y comentario de diversas cuestiones trasladables a cualquier realidad socio-jurídica, incluyendo la peruana. Entre ellas se pueden destacar:

- La llamada de atención a los operadores jurídicos sobre la existencia de prácticas discriminatorias hasta el momento poco conocidas, en especial para los laboralistas pues el Caso Coleman surgió precisamente en el marco de una relación laboral;
- La vuelta al fundamento de la prohibición de discriminación, pues solo a través de él puede entenderse la protección de esta nueva clase de atentado a la igualdad; y,
- El conocimiento de que la "discriminación por asociación" es un concepto que viene manejándose en otros países de la Unión Europea tanto por sus legislaciones al establecer una salvaguarda expresa contra este tipo de discriminación[5], como por sus Tribunales internos, precisamente para ampliar la protección cuando la normativa nada dice al respecto[6].

(2) La doctrina inglesa se refiere a la discriminación transferida con una concepción más amplia a la de discriminación por asociación. Tipología derivada de la jurisprudencia británica para abarcar también las "instrucciones para discriminar", casos en los que el trabajador despedido por no cumplir las órdenes discriminatorias empresariales carecía de vínculos con el grupo vulnerable. Al respecto vid. PILGERSTORFER M., FORSHAW, S., "Transferred discrimination in european law. Case C-303/06, Coleman v. Attridge Law", Industrial Law Journal, Vol. 37, N° 4, 2008 (Base de datos LexisNexis Academics). Estos supuestos actualmente se encuentran cubiertos de forma autónoma en la propia Directiva 2000/78/CE (art. 2, apartado 4).

(3) La doctrina científica española habla de discriminación refleja o interpuesta para encuadrar el fenómeno. Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", Aranzadi Social, N° 14, 2008 (BIB 2008\2447); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., "Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (La STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)", Justicia Laboral, N° 37, 2008, p. 6.

(4) WADDINGTON, L., "Protection for family and Friends: Addresing Discrimination by Association", European Anti-Discrimination Law Review, N° 5, 2007, p. 13.

(5) Por ejemplo, en Irlanda (Employment Equality Act de 1998 modificada en 2004). Más referencias normativas de otros Estados Miembros como de países extracomunitarios, en: CORDERO GORDILLO, V., "Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06", Revista de Derecho Social, N° 43, 2008, pp. 156-158.

(6) V. gr. la jurisprudencia británica, que es además de donde surge la doctrina de la discriminación transferida desde el año 1984. Sobre los orígenes y desarrollo de la discriminación transferida, vid. MUÑOZ RUIZ, A.B., "El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores", Revista *Temas Laborales*, N° 101, 2009; HONEYBALL, S.E., "Discrimination by Association", Web journal of current legal isuses, N° 4, 2007. <www.webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue4/honeyball4.htlm>.

(7) Comisión Europea, Informe anual sobre igualdad y no discriminación 2003 - Hacia la diversidad, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003, p. 8. <www.ec.europa.eu>.

Incluso ya desde el año 2003 mediante un "Informe sobre igualdad y no discriminación", emitido por un órgano interno de la Unión Europea, se indicaba que la discriminación también se produce si una persona es tratada injustamente "por su asociación con otros, por ejemplo con un origen étnico determinado"[7].

Como puede observarse la posibilidad de protección frente a la "discriminación por asociación" se ha normalizado en un buen grupo de países y existen razones –como se demostrará en este trabajo– para que lo mismo ocurra en nuestro país.

II. EL CASO COLEMAN

Cabe mencionar que existe una peculiaridad en este caso y es que el sistema jurídico procesal del Reino Unido permite que el Tribunal interno acuda al TJCE para plantear cuestiones prejudiciales basándose en la presunción de que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante.

1. Supuesto de hecho

La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para un bufete de Abogados británico a partir de enero de 2001. En el año 2002, tuvo un hijo que requería cuidados específicos y especializados, siendo ella quien le dispensa la mayor parte de los cuidados que este necesita. El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de planilla (*voluntary redundancy*), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su empleador.

Sin embargo, el 30 de agosto de 2005 presentó una demanda ante el *Employment Tribunal*, *London South*, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto (*constructive unfair dismissal*) y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. Alega en definitiva que se vio obligada a dimitir como consecuencia del trato recibido.

La Sra. Coleman se apoya en las siguientes circunstancias para defender que había sido discriminada y víctima de acoso:

- Que al reincorporarse al trabajo tras el permiso de maternidad, su empleador se opuso a reintegrarla en el puesto que había ocupado hasta ese momento, lo que no ocurrió con padres de hijos no discapacitados.

- El empleador se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que también eran padres. El mismo trato diferenciado se produjo cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, además de habérsele calificado de "perezosa" al momento de la solicitud.
- Se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella como contra su hijo, aunque no se formuló este tipo de comentarios cuando otros empleados se vieron obligados a realizar las mismas peticiones a su empleador para ocuparse de sus hijos no discapacitados.
- Finalmente, señala la demandante que al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad, pero no se amenazó de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados en la misma circunstancia.

2. ¿Por qué se acudió ante el TJCE?: Origen de las cuestiones prejudiciales

Ante las alegaciones y pretensión de la demandante se alza como "obstáculo" la legislación nacional británica, cuya redacción parece dejar fuera de protección un supuesto como el de la Sra. Coleman. Se trata de la *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003*[8]. Así, para ese Tribunal, una de las disposiciones que restringe más claramente la protección es el artículo 3-A, apartado 1, en donde se señala que: "se practica discriminación contra una persona con discapacidad cuando, a) por un motivo relacionado con la discapacidad **que padece la persona con discapacidad**, se trate a esta de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, y b) siempre que no pueda demostrarse que tal trato esté justificado"[9].

Hasta aquí cabe destacar dos cuestiones: a) que la ley aplicable al caso exige expresamente que la persona discriminada sea a su vez la que padece la discapacidad, situación que no puede verificarse en los supuestos de discriminación por asociación; y, b) se evidencia la postura *iuspositivista* del Tribunal británico, a quien el

(8) Reglamento de 2003 por el que se modifica la Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

(9) Los otros artículos problemáticos de la *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003* para el Tribunal Británico son: el artículo 3-A, apartado 5, que dispone que: "se practica discriminación directa contra una persona discapacitada **cuando se dispensa a esta, por motivo de la discapacidad que padece**, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas". Y finalmente, el artículo 3 B de la norma británica establece que: "se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, **por algún motivo relacionado con la discapacidad que esta padece**, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia (...)".

texto literal de la norma le impedía avanzar en el proceso; dato especialmente curioso pues quien debe resolver se encuentra en la cuna del *comon law*.

En este punto el Employment Tribunal estimó que el litigio solo podía solucionarse aplicando normas de Derecho Comunitario, planteando así al TJCE cuatro cuestiones prejudiciales que al fin y al cabo pueden resumirse en una sola pregunta: ¿Protege la Directiva 2000/78/CE a las personas no discapacitadas que, en el marco de su empleo, sufren discriminación directa o acoso por estar vinculadas a una persona con discapacidad? El Tribunal nacional hace tal pregunta porque si bien la norma comunitaria no tiene una redacción tan restrictiva como la británica, solo regula las denominadas discriminación directa, discriminación indirecta y la discriminación inversa o positiva[10], pero no expresamente los supuestos de "discriminación refleja".

3. La sentencia

El TJCE da una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, es decir, la Directiva 2000/78/CE sí garantiza la igualdad de trato a las personas discriminadas aunque ellas mismas no padezcan una discapacidad (Apartado 38). Cabe mencionar que la referencia solamente al factor de la discapacidad ocurre porque este se cuestiona en el caso, pero todo lo que se diga en adelante puede aplicarse a los demás motivos discriminatorios conocidos: raza, religión, idioma, nacionalidad, etc.

Para resolver el conflicto, el TJCE recurre en muchas ocasiones al texto del artículo 1 de la norma comunitaria, para señalar que esta tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir "**todas las formas de discriminación**" basadas en la discapacidad. Así, cualquier lector de la sentencia puede notar que "todas" incluye también la "discriminación por asociación".

Del texto normativo anterior, el Tribunal Europeo concluye que lo realmente importante es el fin último de la norma, es decir, que en los Estados Miembros se aplique el principio de igualdad de trato; señalando con claridad que tal principio garantizado en la Directiva no se aplica en función de una categoría determinada de personas, sino **en función de los motivos** contemplados en la norma (religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de sexo u orientación sexual).

(10) Los otros artículos problemáticos de la Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003 para el Tribunal británico son: el artículo 3-A, apartado 5, que dispone que: "se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a esta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas". Y finalmente, el artículo 3-B de la norma británica establece que "se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con la discapacidad que esta padece, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia (...)".

Lo que quiere transmitir el TJCE con esta última afirmación es que cuando el texto comunitario regula la materia, lo hace reprobando discriminaciones "por motivo de". Con lo cual todo acto que tenga como "motivo" un factor discriminatorio –v.gr. la discapacidad– debe ser amparado por la norma (Apartados 38, 47 a 50).

Teniendo en cuenta la argumentación anterior, el Tribunal aplica al caso concreto la Directiva que regula la discriminación directa, señalando que: "si bien es verdad que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que **el motivo** del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad" (Apartado 50). Y concluye enfatizando que toda interpretación de la Directiva 2000/78/CE que circunscriba la aplicación de esta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas, podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar" (Apartado 51).

III. BREVE REFERENCIA A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO

Bien mirado, el ordenamiento jurídico vigente con el que se enfrentó el caso Coleman no era muy distinto al que existe actualmente en el Perú. Es patrimonio común de muchas normas internacionales, de los textos constitucionales y de las normas infraconstitucionales de cada país, la formulación genérica y escueta del derecho a no ser discriminado.

En el apartado a) del art. 1.1 del Convenio 111 de la OIT se define la discriminación laboral como:

> "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Así también nuestra Carta Magna (art. 2.2) señala que:

> "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

Insiste la Norma Fundamental al proclamar brevemente en su artículo 26.1) que en la relación laboral se respeta el principio de "Igualdad de oportunidades sin discriminación".

Son muy diversas las normas internas que, inspiradas en el principio de no discriminación, regulan la materia en el ámbito específicamente laboral. Solo como ejemplo, puede señalarse:

El Decreto Legislativo N° 276 (art. 24.6), el cual establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer "carrera pública en base al mérito, **sin discriminación** política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole".

Por su parte, el artículo 29. d) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sanciona con nulidad "el despido **que tenga por motivo**: la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma". Asimismo, el artículo 30. f) de la misma ley considera actuaciones hostiles equiparables al despido "los actos de **discriminación por razón de sexo**, raza, religión, opinión o idioma".

Salta a la vista la falta de mención expresa de ciertos tipos de discriminación. Sin embargo, la redacción genérica permite seguir el razonamiento aplicado al Caso Coleman para incluir **todo tipo de discriminación**. Es más, para el Tribunal Constitucional peruano, el texto de la Carta Magna no ha sido obstáculo para declarar la prohibición no solo de la "discriminación directa" –que es la más conocida y más recurrente en la realidad social– sino también la "discriminación indirecta" e incluso la admisión de la "discriminación inversa", también conocida como "acción positiva" (Exp. N° 05652-2007-PA/TC, ff. jj. 43, 44 y 45)[11].

Hasta el momento todos los argumentos a favor de la protección ante actos de "discriminación por asociación" se han basado en aspectos más formales que sustanciales, en el sentido de defender que un texto normativo que prohíba atentados contra la igualdad "por motivo de" –o de redacción parecida– admite cualquier supuesto discriminatorio.

Sin duda, cuando las leyes existen hay que tomarlas en cuenta para la solución de un conflicto, pero es posible otro nivel de análisis. La labor del juez es bastante más amplia que la de aplicar sin más el texto de la norma, o buscar de una u otra manera en su literalidad la protección que se le pide. ¿Qué hubiera ocurrido si el

(11) En dicha sentencia se da la razón a la trabajadora despedida por motivo de embarazo. En el pronunciamiento el Tribunal Constitucional tiene oportunidad de dar un amplio repaso sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación por razón de sexo, incluyendo en uno de sus apartados "La discriminación laboral y sus clases", señalando que: "La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa" (f.j. 44). Y en cambio, "la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que estos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen (...)" (f.j. 45).

texto normativo comunitario excluía expresamente del concepto de discriminación los supuestos de "discriminación refleja"? ¿La respuesta a la Sra. Coleman debía ser distinta? Es necesario por tanto reflexionar sobre el verdadero fundamento de la prohibición de discriminar a otro, cuestión que se abordará en el siguiente apartado.

IV. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: EL FUNDAMENTO DE SU PROTECCIÓN

La tarea del operador jurídico es buscar lo justo en el caso concreto y ello pasa la mayoría de las veces por completar, depurar, adaptar a los nuevos tiempos, etc. el texto legal que tiene delante. El ejercicio honesto de la profesión exige que todo ello se realice teniendo en cuenta que el centro del ordenamiento jurídico es la persona y su protección.

El art. 1 de la Constitución dispone que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Así, el constituyente deja claro cuál es el fundamento y finalidad última de toda realidad social, política y jurídica: la persona humana. Por ello, más que una simple declaración de voluntad, tal disposición debe convertirse en el principal criterio hermenéutico a tener en cuenta cuando se quiera interpretar cualquier norma, incluida la Constitución[12].

Se debe partir de una verdad ontológica: que todos los seres humanos somos iguales en dignidad –todos somos igualmente dignos–. Si esto es así, no deberían existir tratos diferenciados entre las personas –al menos sin justificación alguna-; de ahí que se reconozca y garantice el derecho a la igualdad. En esa misma línea también debe garantizarse el derecho a no ser discriminado, por tratarse de una forma agravada de desigualdad, razón por la cual en algunos ordenamientos jurídicos adopta autonomía frente al principio de igualdad, precisamente porque el trato distinto que sufre una persona no solo carece de una causa objetiva y razonable, sino que además se produce por un "motivo discriminatorio"[13] que ya solo por su carácter especialmente odioso se considera contrario a la dignidad humana[14]. Y es que la activación de la tutela antidiscriminatoria tiene como objetivo, no del todo fácil, erradicar de la sociedad aquellas conductas cuyo telón de fondo esconde la idea de que existen personas menos dignas que otras[15].

(12) CASTILLO CÓRDOVA, L., Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima, 2007, pp. 127-128.

(13) Sobre la distinción entre la discriminación y el principio de igualdad de trato, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 156-162.

(14) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., "Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (La STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)", Justicia Laboral, N.º 37, 2008, p. 5.

(15) Como bien señala VALDÉS DAL-RÉ, la lucha contra las discriminaciones sintetiza de modo ejemplar los valores que encierra el concepto de derecho fundamental: "el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo". VALDÉS DAL-RÉ, F., QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dirs.). *Igualdad de género y relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 29.

Lo que importa, por lo tanto, es evitar las prácticas discriminatorias por ser un atentado contra el valor único que tiene toda persona por el solo hecho de serlo. Así, es igualmente reprobable el trato desfavorable que padece un ser humano en quien recae un factor discriminatorio (discriminación "clásica"), como el que recibe un trato desventajoso pero por su vinculación con otra persona en quien sí recae un factor discriminatorio (discriminación "por asociación"). Cabe destacar además que en la discriminación refleja "la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática" y con la que está vinculada[16].

Por otra parte, es especialmente relevante luchar contra las conductas discriminatorias no solo porque estas van en contra de la dignidad de la persona, sino también porque generan la exclusión social de grupos vulnerables. Basta con ver en la realidad de muchos países, incluido el Perú, que los prejuicios o estereotipos con los que se mueven las personas para discriminar a ciertos colectivos provocan el efecto de privarlos de determinados ámbitos de su vida y de sus derechos (educación, recreación, empleo, etc.); lo que se convierte en un verdadero problema social.

Finalmente, el reconocimiento de este nuevo tipo de discriminación (discriminación refleja) sería una muestra más de la protección siempre progresiva frente a actos discriminatorios. No solamente se ha ampliado la lista de motivos discriminatorios prohibidos, sino también el concepto. No hubo problema en pasar de la discriminación directa, a la discriminación indirecta y luego a la discriminación inversa o acción positiva (que se permite pero además se fomenta).

V. DELIMITACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

A continuación se señalan algunas herramientas de análisis para determinar si se está ante una discriminación refleja en el ámbito jurídico-laboral.

1º Lo que determina que la conducta del empresario sea admisible o inadmisible es **el motivo** de discriminación en el que se basa en cada caso. Debe ponerse la atención principal no en la víctima real (Sra. Coleman) ni en el sujeto que posee el factor discriminatorio (hijo con discapacidad) sino en la persona causante de la conducta discriminatoria –el empleador–, más concretamente, en la actuación empresarial que tuvo una motivación basada en rasgos específicos de las personas. Cuestión a la que se llegará por supuesto a partir de indicios.

(16) Aspecto que destaca el abogado general del caso. El abogado general es quien representa los intereses de la Unión Europea en los procesos iniciados ante el TJCE.

2° Sobre el grado de vinculación que debe existir entre quien alega la discriminación y la persona que posee el factor discriminatorio, no sería necesario que la relación sea tan estrecha como en el caso Coleman (relación materno-filial). Al respecto, se entiende en el presente estudio que aunque la vinculación o asociación es precisamente lo que caracteriza a este tipo de discriminación, al momento de valorar la discriminación propiamente dicha, el mayor o menor nexo que exista entre las personas implicadas será uno de los tantos indicios que ayudará al juez a tener la convicción de lo realmente determinante: la motivación discriminatoria del empleador. De otro modo, se estaría hablando de una protección automática en cuanto se llegue a probar un determinado vínculo formal. En cualquier caso, más que la relación de parentesco, lo que debe interesar es probar un vínculo real[17].

3° Siempre que el empleador pueda demostrar que existía un motivo objetivo y razonable para realizar las actuaciones imputadas, no podrá hablarse de discriminación. Asimismo, el empleador podría al menos probar que su actuación no se basó en motivos discriminatorios aunque sí irrazonables, con lo cual tampoco debería declararse la discriminación[18]. En estos casos lo que se declarará es la arbitrariedad de la actuación.

VI. CONCLUSIONES

- Si solo se observa a la víctima directa –v. gr. la Sra. Coleman–, según el concepto clásico de discriminación en el que debe existir un sujeto que al mismo tiempo posea el factor discriminatorio y sufra el trato desventajoso, obviamente no puede hablarse de que ha existido discriminación. Lo mismo sucede con la persona incluida en una "categoría problemática" –en este caso, el hijo con discapacidad–, pues no recae en él trato desfavorable alguno, al menos en el ámbito del empleo. El elemento común, por tanto, entre una discriminación directa o indirecta "clásica" y una discriminación por asociación, es precisamente **la conducta motivada por un elemento discriminatorio**, cuya protección no se entiende si no se parte del fundamento de la tutela antidiscriminatoria: el respeto de la igual dignidad que tienen los seres humanos.

(17) SEMPERE NAVARRO, A.V., "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", Aranzadi Social, N° 14, 2008 (BIB 2008\2447).

(18) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO –refiriéndose al Caso Coleman– pone de relieve que los cuidados son los que han podido afectar el desarrollo normal de la prestación de trabajo de la Sra. Coleman de tal modo que pueda llegar a determinarse más bien que es este hecho y no la discapacidad la que ha motivado la decisión empresarial, asunto que en el caso en cuestión correspondería analizar al Tribunal británico. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. "Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea", En: *Relaciones Laborales*. Revista Crítica de Teoría y Práctica, N° 21, 2008 (Base de datos: La Ley 40501/2008).

- El Tribunal Constitucional peruano ha seguido la línea de protección progresiva que merecen los atentados contra la igualdad basados en factores odiosos como el sexo, nacionalidad, idioma, religión, entre otros. Así, del texto constitucional se ha podido derivar "clases de discriminación" (directa, indirecta e inversa –o acción positiva–) en las que faltaría incluir la discriminación por asociación.

- Para determinar un supuesto de discriminación por asociación se aplican similares criterios a los de todo tipo de discriminación: verificación básicamente por indicios, establecer si existe una justificación objetiva y razonable o al menos una motivación no basada en factores odiosos para descartar la existencia de discriminación refleja. Sin embargo, debe notarse que, en este caso, es necesario acompañar el análisis de la existencia de un vínculo real entre quien padece el trato desfavorable y la persona en quien recae el factor discriminatorio.

VII. PROPUESTA

Ahora que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llama a reflexionar sobre las "Tendencias y perspectivas laborales" en el Perú, podría ser buen momento para analizar la posible inclusión de la protección ante "discriminaciones reflejas" en el texto del Proyecto de Ley General de Trabajo; y ello, sin contrariar la voluntad originaria de los autores de la norma propuesta.

El artículo X. 5) del Proyecto de Ley General de Trabajo se refiere textualmente a la discriminación directa, la indirecta y las acciones positivas que son las clases más conocidas por la doctrina científica y tribunales nacionales y extranjeros hasta el momento[19]. De ello puede deducirse que los autores del proyecto han querido dejar claro que en el ámbito laboral no son aceptables tratos discriminatorios de ningún tipo –salvo la discriminación positiva–. Siendo esto así, la respuesta más coherente al sentido de la Ley General planteada es acoger en el texto también a la "discriminación por asociación", especialmente para dar mayor certeza sobre su prohibición ya que se trata de un supuesto menos evidente y más sutil de atentado a la igualdad.

El nuevo texto del artículo X, inciso 5 del Proyecto de Ley General de Trabajo quedaría redactado de la siguiente manera:

(19) En dicho artículo se señala como uno de los principios que rige el ordenamiento laboral a la "Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades en el empleo. Está proscrita toda clase de discriminación directa o indirecta. No constituyen discriminación las acciones positivas temporales adoptadas por el Estado, destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan que tengan notorias desigualdades materiales".

"Son principios del ordenamiento laboral:

(...)

5) Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades en el empleo. Esta proscrita toda clase de discriminación directa o indirecta. Asimismo, está prohibida la discriminación por asociación a través de la cual un trabajador recibe un trato menos favorable en el ámbito laboral por su vinculación con otra persona en quien recae un factor discriminatorio.

No constituyen discriminación las acciones positivas temporales adoptadas por el Estado, destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales".

LA FUTURA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REPARTO DE UTILIDADES PARA LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS TERCERIZADORAS

Jaime CUZQUEN CARNERO

SUMARIO

I. Sobre la terminología utilizada por la Constitución de 1993 al desarrollar la materia laboral. **II.** El empleador como parte de la relación laboral y como sujeto obligado al pago de derechos y beneficios laborales. **III.** El concepto empleador derivado de las normas de tercerización de servicios. **IV.** Las utilidades como beneficio laboral. **V.** El pago de las utilidades como obligación exclusiva y excluyente de la empresa empleadora. **VI.** Conclusiones.

Uno de los aspectos novedosos del Proyecto de Ley General de Trabajo (PLGT) e introducido por la Comisión de Expertos (CE) encargada de revisar y actualizar el mismo, es el contenido en el artículo 218° el cual textualmente señala:

> "**Artículo 218°.- Participación de los trabajadores de empresas de servicios**
>
> Los trabajadores que prestan servicios a una empresa usuaria a través de empresas de servicios de tercerización tienen derecho a participar de las utilidades de aquella. A tal efecto, los días real y efectivamente trabajados por el personal destacado y el monto de sus remuneraciones serán comunicados por la empresa de servicios dentro del mes siguiente al término del ejercicio, para los efectos del respectivo cálculo. El monto de la participación que corresponda a dichos trabajadores será entregado por la empresa usuaria a la empresa de servicios, la cual lo integrará a los que reciba de otras empresas usuarias a las que brinda servicios y a la participación generada por sus propias utilidades. El fondo

de participación así constituido será distribuido entre sus trabajadores, según las reglas de este capítulo. La transferencia efectuada por la empresa usuaria constituye gasto deducible para esta y no es renta imponible para la empresa de servicios".

La justificación a dicha propuesta, señalada por la CE en su Informe, es la de "resolver una situación estimada **injusta** por muchos sectores". Al mismo tiempo indica que "se establece un procedimiento que al mismo tiempo que garantiza este derecho persigue evitar **diferencias notorias de ingresos** entre trabajadores de la empresa de servicios".

Compartimos las preocupaciones de la CE. Se tratan de situaciones que efectivamente deberían atenderse legalmente a fin de ser evitadas y sancionadas. Ahora, ¿a qué situaciones nos estamos refiriendo? ¿Existen situaciones injustas que generan diferencias notorias de ingresos entre un trabajador de la empresa principal y otro de la empresa tercerizadora?

En nuestra opinión sí existen esas situaciones. Las mismas se producen cuando existe un fraude a la ley y, por tanto, se trata de supuestos en los que no estamos ante procesos de tercerización adecuados a la legislación sobre la materia. En esos casos, la legislación debe ser implacable. La fiscalización y la consecuente sanción deben ser el elemento disuasivo a una situación fraudulenta y, por lo tanto, de comprobarse, el trabajador de la empresa tercerizadora debe ser considerado trabajador de la empresa principal debiendo recibir las utilidades que le hubiesen correspondido de haber estado en la planilla de esta última.

Acordémonos que la iniciativa bajo comentario tuvo su origen en propuestas legislativas que, inicialmente, solo se plantearon para el sector minero, en el cual, debido a los conflictos sociales públicamente conocidos, se constató la existencia de contratistas mineros que en la realidad solo proveían de personal al titular minero, sin generar un servicio real e identificable que justifique y haga eficiente el proceso de delegación del servicio.

Hoy ya existe una regulación que sanciona tal fraude. Las normas sobre tercerización de servicios contenidas en la Ley N° 29245 así como en su norma modificatoria y reglamentaria, alineadas con las de inspección laboral, Ley N° 28806 y norma reglamentaria, son las herramientas que permiten a un trabajador, ya sea en la vía administrativa o en la judicial, demandar la desnaturalización del proceso de tercerización y, por tanto, su incorporación a la planilla de la empresa principal. Dicha regulación, por razones obvias de generalidad, se aplica a todos los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada y en todos los sectores económicos.

Siendo ello así, las únicas situaciones injustas que generan diferencias notorias de ingresos son las que derivan de un fraude a la ley pues, procesos de tercerización de servicios que se realizan respetando el ordenamiento jurídico ¿Por qué tendrían que considerarse injustos? ¿Por qué en esos casos se ha pensado que, no obstante que se ejecuten de acuerdo a ley, la empresa principal tenga que repartir utilidades a quienes no son sus trabajadores? En otras palabras, ¿por qué una empresa principal que contrata empresas tercerizadoras reales, y que cumplen plenamente con la legislación, tendría que afectar a sus propios trabajadores al repartir las utilidades a un universo mayor de beneficiarios?

Tengamos en cuenta que al regularse la tercerización de servicios, uno de los requisitos que se exigen a la empresas contratistas es asumir el servicio por su cuenta y riesgo y siendo responsable de los resultados de su actividad. Sin embargo, ¿acaso con el pago de utilidades de la empresa principal no estamos generando una compensación que la empresa tercerizadora podría considerar como parte del paquete a ofrecer a su trabajador? ¿No estamos diluyendo el riesgo de la empresa tercerizadora asegurándoles a sus trabajadores una participación en las utilidades de una empresa que no es su empleador?

Creemos que la situación de injusticia mencionada por la CE puede ser real pero solo se presenta en procesos de tercerización fraudulenta. En esos casos, declarada la desnaturalización, los trabajadores de la empresa tercerizadora deberán ser considerados como trabajadores de la empresa principal y no solo les debe corresponder sus utilidades sino cualquier otro beneficio laboral que hubiesen percibido de haber estado en esa planilla. Sin embargo, ¿acaso en los procesos de tercerización adecuados a la legislación laboral se puede decir que existen situaciones de injusticia? La tercerización es un proceso que para considerarse válido no solo debe demostrar el cumplimiento de los requisitos legales sino, además, deberá dejar evidencias sobre las eficiencias que genera en el proceso. Tengamos en cuenta que la tercerización nace como un proceso económico que permite a una empresa principal delegar a un tercero parte de su actividad porque eso le hace más eficiente.

Ahora, sin perjuicio de los cuestionamientos antes planteados, consideramos que a partir del análisis constitucional que a continuación señalamos, en nuestra opinión, el texto propuesto por la CE resultaría, además, abiertamente inconstitucional.

I. SOBRE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR LA CONSTITUCIÓN DE 1993 AL DESARROLLAR LA MATERIA LABORAL

Recordemos que la materia laboral es desarrollada por nuestra Constitución en sus artículos 22° al 29°. Basta una simple revisión de los referidos artículos para comprobar que el constituyente no ha utilizado los términos "empleador"

y "empresa" indistintamente como sinónimos, si no de acuerdo al enfoque y grado de aplicación que ha querido dar a cada disposición constitucional.

Así, ha utilizado el término "empleador" al señalar:

> "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del **empleador**". (Énfasis agregado) (Artículo 24° de la Constitución).

> "Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los **empleadores**". (Énfasis agregado). (Artículo 24° de la Constitución).

De los textos citados podemos inferir que, cuando los mismos se refieren al término "empleador", de manera diferenciada a "empresa", debe entenderse que las disposiciones antes mencionadas tienen aplicación general y, por lo tanto, no podría interpretarse que las mismas son aplicables a algunos empleadores y a otros no.

Ahora, como resulta obvio, dentro del ámbito de aplicación de dichas disposiciones se encuentra a la "empresa", en la medida que tenga trabajadores, es decir, que asuma un rol de "empleador".

Es importante tener en cuenta que nuestra Constitución utiliza el término "empresa" exclusivamente para regular la participación en las utilidades, al señalar en su artículo 29° que "el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación".

En esa línea, **el sujeto obligado a repartir utilidades a los trabajadores, de acuerdo a nuestra Constitución, es la empresa en su calidad de empleador**.

Cabe indicar que, tal como menciona Marcial Rubio[1], la norma sobre participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, apareció por primera vez en la Constitución de 1933, la cual en su artículo 45° señaló:

> "El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquellos y estas, y sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general".

Es evidente que desde el nacimiento del beneficio, a nivel constitucional, se estableció que solo las empresas en su condición de empleadoras son las obligadas a dar participación en los beneficios (utilidades) a sus trabajadores. Esa es la línea

(1) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 2. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.

que siguió la Constitución anterior de 1979 y, evidentemente, la actual del año 1993. La calidad de empleador de la empresa queda en evidencia en el texto citado al hacerse mención a la relación entre *"empleados y trabajadores"* y las "empresas", relación que deberá entenderse de carácter laboral o subordinado para justificar la *"defensa"* de los primeros con la que concluye el texto.

II. EL EMPLEADOR COMO PARTE DE LA RELACIÓN LABORAL Y COMO SUJETO OBLIGADO AL PAGO DE DERECHOS Y BENEFICIOS LABORALES

De acuerdo a nuestra legislación y doctrina, el término empleador es la contraparte del trabajador en un contrato de trabajo o relación laboral. En versión del artículo 9° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se establece como elemento típico de la relación laboral a la subordinación y como facultades del empleador frente al trabajador, la dirección, la regulación y la sanción.

> "Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
>
> El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

Siendo ello así, la legislación laboral peruana, la doctrina y la jurisprudencia, dentro del marco constitucional, han desarrollado todos los beneficios laborales y han otorgado protección al trabajador, ya sea que estemos dentro de relaciones individuales como colectivas de trabajo, bajo el supuesto de la existencia una relación subordinada, empleador - trabajador, que evidencia la existencia de un contrato de trabajo y que hace plenamente justificable la aplicación del régimen laboral de la actividad privada e, inclusive, la aplicación de la regulación supranacional.

En la legislación laboral peruana el concepto "empleador" no se ha desarrollado con detalle, sin embargo, con base en los elementos típicos de la relación laboral que introduce la última norma citada, es generalizado su entendimiento.

En todo caso, sí existe una reciente mención al concepto en el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que define tanto a "empleador" como "trabajador" dentro del glosario de términos que introduce:

"Empleador: Toda persona natural o jurídica, privada o pública, que emplea a uno o varios trabajadores.

Trabajador: Toda persona que desempeña una actividad laboral subordinada o autónoma, para un empleador privado o para el Estado".

Si bien en el concepto "trabajador" se incluye la posibilidad que se trate de uno autónomo, es decir, no subordinado, deberá entenderse que, dentro de los principios de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el denominado "Principio de Prevención"[2] tiene un ámbito que extiende los efectos de la prevención de riesgos más allá de la esfera de las relaciones laborales pues, en la medida que en un centro de trabajo existen riesgos que no solo pueden afectar a los trabajadores propiamente dichos, sino a cualquier persona que se encuentre dentro del centro de trabajo, tales como, un locador de servicios, un beneficiario de modalidad formativa, un trabajador de una empresa tercerizadora o de una entidad de intermediación laboral, entonces la prevención del empleador también debe beneficiar a aquellos que, no siendo trabajadores, sí están expuestos a esos riesgos.

El sentido de las normas de seguridad y salud en el trabajo, debido a su ámbito de protección que va mucho más allá de las relaciones laborales, no afecta nuestra posición en el sentido que solo en la medida que exista relación laboral deberá recaer la legislación sobre la materia, incluyendo la referida al pago de las utilidades. En el caso de las normas de seguridad y salud en el trabajo su ámbito más amplio se justifica en el deber de prevención de riesgos a fin de proteger derechos constitucionales como la vida, salud e integridad física y psicológica.

En consecuencia, y en la medida que la definición de trabajador sí menciona el término "actividad laboral subordinada" queda claro que sigue siendo la subordinación el elemento típico de la relación laboral y, por tanto, la justificación de la existencia de un régimen laboral que protege al trabajador y le otorga beneficios.

III. EL CONCEPTO EMPLEADOR DERIVADO DE LAS NORMAS DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

No es que exista en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, en su norma modificatoria o en su reglamentaria, una definición de "empleador", sin embargo, sí se deriva el concepto de las características que debe cumplir una empresa tercerizadora, de acuerdo a ley. Así pues, el artículo 2°, sobre definición de tercerización, señala:

(2) "I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN
El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores (...)".

"Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación".

Lo que ha indicado dicha disposición, en resumen, es que **toda empresa tercerizadora debe comportarse como un real empleador o como una empresa real.** En esa medida, exige que los trabajadores de la empresa tercerizadora solo estén bajo subordinación de esta. Nuevamente aparece la subordinación como elemento característico ya no de un empleador sino ahora también de una empresa tercerizadora empleadora.

Teniendo en cuenta que la legislación sobre la materia exige, además, que las empresas tercerizadoras asuman los servicios por su cuenta y que sean responsables de sus actividades, resultaría contradictorio el hecho de que pueda ser parte del esquema compensatorio o retributivo de sus trabajadores, las utilidades que pueda recibir la empresa tercerizadora de la empresa principal, a fin de ser repartidas entre sus trabajadores.

IV. LAS UTILIDADES COMO BENEFICIO LABORAL

El beneficio de las utilidades, tal como se desprende de su regulación en los Decretos Legislativos N° 677 y N° 892, tiene naturaleza contraprestativa, pues se otorga como consecuencia de la prestación de servicios del trabajador y, además, es de libre disposición de este último, es decir, su destino depende exclusivamente del trabajador y se entrega sin condición, características que se desprenden del concepto "remuneración" desarrollado por el artículo 6° del TUO de la LPCL.

Es cierto que, de acuerdo al literal b) del artículo 19° del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, concordado con el artículo 7° del TUO de la LPCL, las utilidades no constituyen remuneración para ningún efecto legal, sin embargo, no es menos cierto que, no obstante esa ha sido la opción del legislador, por naturaleza, las utilidades sí tienen carácter remunerativo[3].

(3) Similar apreciación tiene Mónica Pizarro Díaz: Inclusive, si nos restringimos a la definición general de remuneración prevista por nuestra normativa, tendríamos que la participación en las utilidades de la empresa debería ser considerada una remuneración. Lo anterior se debe a que, según señalamos anteriormente, en nuestro sistema los pagos recibidos por el trabajador son considerados remuneración cuando cumplen con dos requisitos: la contraprestatividad y la libertad de disposición. *La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral.* Lima, 2006. p. 108.

Considerando el carácter o naturaleza remunerativa que tienen las utilidades, resulta cuestionable que se proponga que el trabajador de una empresa tercerizadora perciba un ingreso proveniente de una empresa principal que no es su empleadora. Por tanto, **obligándosele a la empresa principal al pago, aun cuando sea por intermedio de la empresa tercerizadora, se le obliga a asumir un rol que la legislación, doctrina y jurisprudencia solo reconoce y puede exigir a la empresa tercerizadora como empleadora.**

V. EL PAGO DE LAS UTILIDADES COMO OBLIGACIÓN EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DE LA EMPRESA EMPLEADORA

En suma, de la revisión de los conceptos analizados desde la Constitución, pasando por las evidencias legales de las características de empleador, por la definición de subordinación, por la legislación sobre tercerización de servicios y por la naturaleza jurídica de las utilidades, resulta evidente que el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico prevé a los beneficios laborales devienen de la existencia de una relación jurídico laboral en la que las partes; empleador y trabajador, se reconocen como tales con base en la relación de subordinación.

Es bajo esa óptica que resulta contradictorio, a la esencia misma de la relación laboral, y a la naturaleza y rasgos de la tercerización de servicios que exige la legislación sobre la materia, que una empresa no empleadora asuma una obligación de pagar un beneficio, propiamente laboral, a personas que no son sus trabajadores.

Es importante tener en cuenta que nuestra posición no se sustenta en el simple hecho que el beneficiario no sea trabajador pues, existen otros supuestos de pago de beneficios a personas no consideradas trabajadoras para la legislación, como son los beneficiarios de las modalidades formativas. Nuestra posición se sustenta en el hecho que el beneficio a entregar es laboral pues así está reconocido por la Constitución y la legislación que lo desarrolla y, además, es remunerativo por naturaleza.

Lo anterior es importante recalcar porque podría pensarse que sería suficiente que con una norma con rango de ley, como podría ser el PLGT, se legitime el pago de las utilidades a trabajadores de una empresa distinta a aquella que generó las mismas. Sin embargo, la situación es más compleja porque, a diferencia de otros conceptos laborales, como ya antes hemos adelantado, las utilidades tienen un reconocimiento constitucional solo bajo el marco de la existencia de una relación laboral, es decir, solo en la medida que estemos ante una relación de carácter subordinado por medio de la cual un trabajador se somete a la dirección, regulación y sanción de la empresa, según la estricta terminología utilizada por la Constitución.

Es en ese sentido que, estrictamente, las utilidades que el PLGT propone se entreguen, a través de la empresa tercerizadora a los trabajadores de esta, carecerían de la protección constitucional en materia laboral y, por tanto, no se trataría de un concepto que debería ser objeto de protección pues, su naturaleza no deviene de

la existencia de una relación laboral sino de una imposición de la ley que podría ser exigible pero no cubierta por el marco protector del derecho laboral.

En efecto, ¿cómo podría el trabajador de una empresa tercerizadora hacer exigible el pago de dichas utilidades si la empresa principal incumple la obligación establecida en el PLGT? ¿Podría solicitar a la Autoridad de Trabajo o al Poder Judicial que requiera a la empresa principal el pago de dichas utilidades? Si así lo requiriese, evidentemente no puede considerar como deudor a su empleador sino a una empresa distinta y ajena a su empleador.

Cabe indicar que ni el sistema inspectivo laboral ni la legislación procesal laboral prevén la posibilidad de reclamar un supuesto beneficio laboral a una empresa que no es la empleadora del trabajador. Tengamos en cuenta que no estaríamos ante un supuesto de desnaturalización de un proceso de tercerización de servicios, sino de un simple incumplimiento del pago de las utilidades de la empresa principal, a través de la empresa tercerizadora, y a favor de los trabajadores de esta última, según lo que establecería el PLGT.

Queda claro que si se tratase de la desnaturalización del proceso de tercerización, el trabajador de la empresa de servicios podría solicitar a la Autoridad de Trabajo que fiscalice y sancione tal desnaturalización, y podría solicitar al Poder Judicial que haga efectivo su reconocimiento como trabajador de la empresa principal como consecuencia de la desnaturalización antes referida. De esta forma, en el primer caso, el trabajador podría denunciar y dar origen a una actuación inspectiva acreditando la relación laboral encubierta debido a la desnaturalización de la tercerización y, en el segundo caso, podrá entablar una relación jurídico-procesal válida que le permita demandar a la empresa principal por considerarla su empleador real.

Sin embargo, la obligación de pago de utilidades a trabajadores de terceros, tal como lo establece el PLGT, no deriva de una desnaturalización de la tercerización de servicios, sino del simple hecho de la existencia de la tercerización de servicios. En ese escenario, ni el sistema inspectivo laboral ni el ordenamiento procesal laboral parecieran permitir que una persona a la que legalmente se le reconoce como trabajadora de otra empresa reclame un beneficio "supuestamente laboral" a una empresa que no es su empleador.

Similar inconsistencia podría presentarse en la aplicación de la norma de prescripción laboral. La norma vigente sobre la materia, la Ley N° 27321, Ley que establece nuevo plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral, precisa en su artículo único:

> "Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral".

Tratándose de la falta de pago de las utilidades objeto de análisis es evidente que esta disposición no podría aplicarse pues la misma se sustenta en un plazo que debe computarse desde que concluye el vínculo laboral pero con su empleador. Ello quiere decir que, de aprobarse el PLGT con el texto analizado, ¿comenzaría a correr el plazo de prescripción recién desde el cese del vínculo laboral con su empleador? Si fuese así, no tendría sentido que para la empresa principal se aplique un plazo de prescripción que en lo absoluto tendría que ver con su propia acción sino con la acción o hecho de un tercero como es la empresa tercerizadora.

VI. CONCLUSIONES

- La obligación de pago de utilidades que incorpora el PLGT en su artículo 218°, sería inconstitucional por recaer en una empresa que no es la empleadora del trabajador.
- El beneficio de las utilidades, reconocido por la Constitución, supone la existencia de un vínculo laboral entre el obligado y el beneficiario.
- La legislación laboral peruana sustenta la protección al trabajador en la relación de subordinación con su empleador.
- La obligación de pago de utilidades de la empresa principal a los trabajadores de la empresa tercerizadora no se constituiría en un beneficio laboral y, por tanto, no tendría la protección propia de la legislación sobre la materia.

CRITERIOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DEL TRIBUNAL FISCAL SOBRE "EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD" Y "REALIDAD ECONÓMICA"

Carole Ivonne NEYRA SALAZAR
Abogada laboralista, cursando actualmente la Maestría de Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Principio de la primacía de la realidad en el ámbito laboral. **1.** Marco normativo del principio de primacía de la realidad. **2.** Concepto. **3.** Facultades del Ministerio de Trabajo en un proceso inspectivo. **4.** Elementos esenciales y rasgos sintomáticos de laboralidad. **4.1.** Los elementos esenciales del contrato de trabajo. **4.2.** Rasgos sintomáticos laborales. **4.2.1.** Documentos. **4.2.2.** Manifestaciones realizadas por el empleador. **4.2.3.** Condiciones de trabajo. **III.** Principio de la realidad económica en el ámbito tributario. **1.** Marco Normativo y alcances de la realidad económica. **2.** Calificación económica e interpretación económica. **3.** El hecho imponible: La elusión a la ley tributaria. **4.** Facultades de la Administración Tributaria. **IV.** Criterios de la administración tributaria: realidad económica. **1.** Resoluciones del tribunal fiscal en lo laboral. **2.** Realidad Económica. **3..** Elementos esenciales y sintomáticos: Una relación laboral en lo tributario. **V.** Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN[1]

No cabe duda que en los últimos años el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha sido el principal ente impulsor de la inclusión en planilla de aquellas personas que encontrándose bajo una relación laboral aparentaban una

(1) Un agradecimiento especial a Jorge Toyama Miyagusuku y a César Gamba Valega por su apoyo y sugerencias al presente artículo.

relación civil; y que a raíz del PLAN RETO[2], así como de la aplicación del principio de primacía de la realidad, se estima que más de 50,000 personas a nivel nacional han sido incorporadas a planilla, considerando que más de la mitad se encuentran concentrados en la ciudad Lima.

Por su parte, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) a través de la aplicación de la realidad económica plasmada en los criterios utilizados en las fiscalizaciones tributarias también ha advertido diversas situaciones a través de las cuales los contribuyentes aparentaban una relación civil siendo esta realmente una laboral; criterios que en algunos casos han sido confirmadas y en otras revocadas por el Tribunal Fiscal.

En la presente ponencia intentaré plasmar aquellas facultades que tienen tanto el MTPE como la Sunat para actuar en una inspección; así como una aproximación que pudiera existir en el razonamiento utilizado por ambas instituciones para determinar en qué casos nos encontramos frente una relación laboral aplicando el principio de primacía de la realidad en lo laboral o realidad económica en lo tributario.

II. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Marco normativo del principio de primacía de la realidad

Es importante tener presente que hasta antes del D. Leg. N° 910°[3], hoy derogada parcialmente por la Ley General Inspección de Trabajo, el principio de primacía de la realidad no se encontraba regulado en ninguna ley vinculada a la inspección laboral. Sin embargo, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional ya consignaban dicho principio en el contenido de sus resoluciones[4]. Posteriormente, con fecha 22 de julio de 2006 se publica la Ley General de Inspección del Trabajo, en adelante LGIT, la cual a través de su Artículo 2° señala que "en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales deben siempre privilegiarse los hechos constatados". En esa misma línea, el Artículo 3° del D.S. N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, establece que: "De conformidad con lo establecido por el Artículo 2° de la Ley, el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran, se regirán por los principio de legalidad, primacía de la realidad (...)[5]".

(2) RETO: Plan de Registro Obligatorio de Trabajadores en Planilla.
(3) D. Leg. N° 910°.-Artículo 3° inciso b).-"En la aplicación de la Ley se observan, los siguientes principios rectores (...) b) Primacía de la realidad (...)".
(4) Por todas puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1259-2005-PA/TC.
(5) Decreto Supremo N° 019-2006-TR, publicado el 29 de octubre de 2006, modificado mediante Decreto Supremo N° 019-2007, publicado el 01/09/2007.

2. Concepto

El principio de primacía de realidad se aplica a aquellos supuestos en los cuales existe divergencia entre lo que se encuentra plasmado en un documento o pacto y lo que sucede en la realidad, en cuyo caso deberá primar lo último, es decir lo que verdaderamente sucedió según los hechos verificados. En opinión de NEVES[6]: "Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que por su naturaleza y no su denominación determina.

El principio de primacía de la realidad constituye uno de los principios rectores en el derecho laboral y sirve de sustento para las inspecciones laborales, por lo que debe prestarse particular atención a aquellas discrepancias que exista entre un contrato civil y aquellas manifestaciones y/o rasgos sintomáticos de un contrato de trabajo. Por otro lado, y a pesar de que existen otros supuestos donde podría aplicarse el principio de primacía de la realidad, en la presente ponencia solo nos centraremos en aquellos supuestos vinculados al contrato de trabajo.

3. Facultades del Ministerio de Trabajo en un proceso inspectivo

La LGIT ha otorgado distintas prerrogativas al inspector laboral a efectos de cumplir cabalmente las funciones que desempeña y que se encuentran debidamente enumeradas en el artículo 5° de la citada ley, y en Convenio N° 81° de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Tal como lo señala Adolfo Ciudad: "La nueva ley, en estricto, no otorga nuevas facultades inspectivas, sino que recoge, ordena, sistematiza, actualiza las facultades que ya estaban reguladas en el Decreto Legislativo 910, así como en el Convenio N° 81 de la OIT ratificado por el país, y que por tanto ya formaban parte del derecho nacional"[7].

En atención a lo expuesto y, si bien dichas normas le confieren al inspector de trabajo amplias potestades, cabe indicar que dichas facultades no son más que simples enunciados legales que tienen por finalidad otorgar ciertos parámetros y reglas generales en la ejecución del cumplimiento de sus obligaciones, debido a que en el ejercicio profesional quienes han tenido la oportunidad de participar en un proceso inspectivo se pueden haber percatado –tal como lo señala Fernando García Granara– que "la actuación inspectiva verifica hechos y atribuye una consecuencia legal de la calificación por parte del inspector, para lo cual se requiere una actuación

(6) NEVES MUJICA, Javier. "Los principios del Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y doctrina Constitucional Laboral*. Lima, Palestra Editores, 2006. p. 36.
(7) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. "El nuevo modelo de inspección del trabajo en Perú". En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Chiclayo 29, 30 y 31 de octubre de 2008, p. 333.

lógica y jurídica en el registro y comprobación de los hechos; porque de no hacerlo *la calificación se derivaría de su apreciación subjetiva y no de hechos objetivos y concretos"*[8]. Por lo expuesto, las facultades del inspector de trabajo consisten en usar las herramientas que tienen por finalidad advertir la simulación de una relación laboral, así como conocer si el empleador ha intentado disfrazar esa situación mediante otra figura, con el único propósito de eludir sus responsabilidades que le corresponden como empleador.

4. Elementos esenciales y rasgos sintomáticos de laboralidad

4.1. Los elementos esenciales del contrato de trabajo

A continuación comentaremos aquellas resoluciones emitidas por el MTPE en las que se ha advertido la presencia de los elementos de la prestación de servicios, remuneración y subordinación en un contrato civil donde, tras una verificación de los hechos y, en virtud de las facultades otorgadas al inspector de trabajo, se ha aplicado el principio de primacía de la realidad, desnaturalizándose una relación civil.

La **prestación personal** equivale a poner a disposición los servicios a favor del empleador, la cual no puede ser delegada a ninguna otra persona, salvo casos excepcionales. En atención a ello, también es necesario señalar lo establecido en la Nueva Ley Procesal del Trabajo[9], mediante la cual en virtud de la sola prestación, sin considerar el resto de elementos se puede presumir que existe una relación laboral.

> **Resolución N° 057-2008/Piura:** "(...) el propio jefe de recursos humanos ha señalado que estas personas **desarrollaban sus labores de manera personal y exclusiva**, siendo este un **rasgo típico** de una relación laboral[10]".

Con respecto a la **contraprestación** también se ha considerado como uno de los elementos del contrato de trabajo pero recordemos que este componente también forma parte del contrato de locación de servicios, por lo que la sola presencia de este elemento no es determinante.

> **Resolución N° 153-2009/Lima:** En tal sentido, al concurrir los elementos propios de un contrato de trabajo como son: (...) **el pago de una contraprestación** (...), por el principio de primacía de la realidad debe privilegiarse los hechos constatados"[11].

(8) GARCÍA GRANADA, Fernando. "Alcances y Límites de la Inspección del Trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la Inspección del Trabajo en el Perú". En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Chiclayo 29, 30 y 31 de Octubre de 2008, p. 310.

(9) LEY 29497. LEY PROCESAL DE TRABAJO. Artículo 23.2.- "(...) Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".

(10) Las resoluciones –emitidas por el MTPE– contenidas en el presente artículo han sido tomadas del libro de TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. *Jurisprudencia sobre Inspecciones Laborales*. Primera Edición, Gaceta Jurídica, Diciembre de 2009.

Con relación a la **subordinación**, la OIT ha establecido en el Párrafo 13° de la Recomendación N° 198°[12] que algunos indicios que configuran una relación de trabajo *"es el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y control de otra persona";* es decir cuando el empleador determina cuándo y dónde se debe ejecutar el trabajo. Siguiendo los mismos criterios emitidos por la OIT, el MTPE también ha manifestado en diversas oportunidades que aquellas situaciones que se constate la existencia de la subordinación carece de sustento señalar lo contrario ya que dicho elemento determina fehacientemente una relación de naturaleza laboral de una civil.

> **Resolución N° 251-2009/Lima:** "(...) al constatar la existencia de los elementos del contrato de trabajo, esto es la prestación personal de servicios, el pago de una remuneración y sobretodo la **subordinación**, más aún si **se advierte que la gerente de ventas supervisa las actividades de las indicadas trabajadoras**".

4.2. Rasgos sintomáticos laborales

Los rasgos sintomáticos laborales son aquellas "pistas", las cuales *–a diferencia de sus elementos esenciales–* no son determinantes para demostrar su existencia pero constituyen **indicios** que, valorados en conjunto y/o sumados a otros elementos del contrato de trabajo se puede concluir que nos encontramos ante una relación de trabajo, sobre todo en aquellos casos en donde resulta difícil determinar su existencia. De esa forma, a continuación realizaremos las principales notas distintivas que ha sido considerada por el MTPE como rasgos sintomáticos para determinar una relación laboral.

4.2.1. Documentos

Los documentos que detallamos a continuación son aquellos instrumentos que han sido considerados como rasgos sintomáticos de laboralidad.

a. Documentos típicos laborales: Existen ciertos documentos que visiblemente son propios de una relación civil, tales como la **constancia de trabajo** y **la boleta de pago** que no debería ser otorgado a ninguna persona distinta a un trabajador, en tanto que ello podría generar convicción al inspector para determinar que el locador no prestó sus servicios bajo dicha modalidad.

(11) En este sentido también pueden revisarse las Resoluciones N° 032-2008/Lima, N° 058-2007/Lima y N° 213-2008/Lima.

(12) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La relación de trabajo. Una guía anotada a la Recomendación N°198. Ginebra. Documento N°18. Primera edición, marzo de 2008, p. 41.

> **Resolución N° 218-2008/Lima:** "Lo alegado en el sentido que la referida prestó servicios bajo la modalidad de locación de servicios y por consiguiente no existía relación laboral carece de sustento (...); y que se corrobora con el documento denominado "Constancia de Trabajo".
>
> **Resolución N° 740-2008/Lima:** "(...) Lo alegado en el sentido que los señores indicados serían locadores de servicios, carece de sustento, pues de las copias de las boletas de pago adjuntas a su apelación, se desprende el reconocimiento de vínculo laboral con dichas personas".

Asimismo, en la resolución que apreciaremos se advierte que pese a no existir un elemento que demuestre que efectivamente existe subordinación, la **liquidación de beneficios sociales** constituye un rasgo sintomático relevante para atribuir que existe una relación encubierta y, por ende, corresponde la aplicación del principio de primacía de la realidad. De la misma forma, la **carta de renuncia**, en cuyo caso se ha considerado como una particularidad para determinar la existencia de laboralidad.

> **Resolución N° 736-2008/Lima:** "(...) según los hechos formalizados en la mencionada acta (...); exhibiendo una liquidación de beneficios sociales_evidencia un reconocimiento del empleador de la existencia del vínculo laboral"[13].
>
> **Resolución N° 036-2008/Lima:** "(...) es así que la titular de la empresa exhibió una carta de renuncia suscrita por dicha persona, con lo que se demostraba que la inspeccionada la reconocía como su trabajadora (...)".

En esa misma línea, **la carta de despido**[14] también constituye un elemento determinante para establecer que existe una relación laboral, y para lo cual el MTPE ha establecido que mediante dicho documento también se reconoce una vinculación laboral.

b. Otros documentos[15]**:** Existen ciertos documentos que no necesariamente son propios de una relación laboral, pero que en su evaluación conjunta podrían

(13) De la misma manera el documento denominado "Liquidación de Beneficios Sociales" podemos apreciar que ha servido de sustento para desvirtuar que no nos encontramos frente a una relación civil tal como se ha establecido en la Resolución N° 124-2008/Lima y en la Resolución N° 433-2008/Lima.

(14) Resolución N° 054-2007/Lima: "La misma inspeccionada manifestó haber cursado a la persona afectada una carta de despido por abandono de trabajo, hechos que corroboran lo verificado por el inspector en el sentido que entre las partes existía una relación de naturaleza laboral"

(15) Resolución N° 13-2009/La Libertad: "Tal como obra en el Memorando N° 01-2006-GC emitido por el gerente comercial al jefe de seguridad de la empresa, donde se consigna el horario de la persona afectada; (...) el recurrente argumenta en su recurso que la relación con la persona afectada era de naturaleza civil, lo cual queda desvirtuado con la documental obrante y en aplicación del principio de primacía de la realidad". Resolución N° 415-2008/Lima: "(...) máxime si se tiene que de la documentación se desprende (...) reportes de atención por tardanza (...), con lo cual se establece la concurrencia de los elementos propios de un contrato de trabajo".

ser indicios para desvirtuar una relación civil. Entre algunos ejemplos, cabe resaltar al **memorándum** en el que si bien no se encuentra dirigido directamente al locador, ello ha servido de sustento para desvirtuar que la relación existente era de naturaleza civil. Asimismo, un **reporte por tardanza** conjuntamente con el resto de documentación presentada por el trabajador, conlleva al MTPE a presumir de la concurrencia de los elementos propios de un contrato de trabajo. De otro lado, la **publicidad institucional**[16]**,** que son aquellos afiches emitidos por el empleador que podrían establecer una relación laboral. Por ejemplo, si en el folleto aparece el empleador celebrando el cumpleaños del locador o quizá si el locador figura en el folleto institucional conjuntamente con los trabajadores registrados en planilla.

4.2.2. Manifestaciones realizadas por el empleador

Entre aquellas manifestaciones, cabe resaltar al **periodo de prueba**, elemento particular de una relación laboral. Asimismo, la sola manifestación del empleador que indique que adeuda su **liquidación de beneficios sociales** al locador podría ser considerado por el MTPE como un rasgo sintomatico para determinar el reconocimiento del vínculo laboral:

> **Resolución N° 221-2009/Lima:** "(...) si se tiene en cuenta que esta última manifestó que no la había registrado aún en planillas, debido a que se encontraba en periodo de prueba[17]".
>
> **Resolución N° 174-2009/Lima:** (...) se tiene en cuenta que durante la diligencia la inspeccionada manifestó que no había cumplido con el requerimiento debido a que se encontraba en conversaciones con la persona afectada sobre el pago de sus beneficios sociales".

Asimismo, la manifestación de una **posterior inclusión en planilla** efectuada por un funcionario de la empresa inspeccionada, en la que reconoce que existen varios locadores laborando en la empresa, y de los cuales algunos locadores ya habrían sido registrados en planillas y otros que serían incluidos posteriormente constituye un elemento importante para establecer una relación laboral.

> **Resolución N° 179-2009/Lima:** "(...) el Director de Personal durante la diligencia expresó con relación a dichas personas que algunas de ellas habían sido incluidas en planillas, otras se habían retirado y las restantes

(16) Resolución N° 043-2009/Lima: "Lo alegado en el sentido que no existe medio probatorio alguno que acredite la existencia del vínculo laboral con la persona afectada carece de sustento, (...), más aún si de los folletos publicitarios del restaurante inspeccionado, figura el extrabajador afectado junto con el personal del sujeto inspeccionado, se advierten indicios suficientes para establecer la existencia de vínculo laboral, en concordancia con el principio de primacía de la realidad".

(17) En otras palabras, por más que exista un sujeto que se encuentre en periodo de prueba, el empleador está obligado a registrarlo en planillas, tal como se establece también en las Resoluciones N° 221-2009/Lima, N° 211-2009/Lima y N° 221-2009/Lima.

serían ingresadas a planilla en marzo de 2008, confirmando con ello la existencia del vínculo laboral".

Sobre el particular, consideramos que aquellos casos en donde todos los locadores ejecuten las mismas funciones, y en razón a las labores realizadas se haya incluido a un locador en planilla, eso conllevaría también a incluir al resto de locadores, en tanto que a igual trabajo realizado, todos deberían –*en principio*- ser tratados en las mismas condiciones de contratación.

4.2.3 Condiciones de trabajo[18]

El **uso de uniformes** por parte de una persona que se encuentra dentro de las instalaciones de la empresa, hace presumir que nos encontramos frente a un trabajador que labora de forma dependiente para la empresa contratante y por tanto que se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas directrices por parte del empleador. De otro lado, la **asunción por parte del empleador de gastos por accidentes laborales** a favor de un locador también hace presumir que nos encontramos frente a una relación laboral, a pesar de que no determina pero sí constituye un rasgo sintomático de laboralidad.

III. PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

1. Marco Normativo y alcances de la realidad económica

La realidad económica, también conocida en el *common law* como "*substance over form*" o principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma, en cuanto mecanismo para afrontar la elusión fiscal es, como señala WARD[19], una creación de la jurisprudencia norteamericana de los años treinta, por lo que puede catalogarse como una técnica antielusiva propia de dichos sistemas, aunque en alguna ocasión se ha dicho que también en estados continentales europeos, como Francia o Alemania esta regla ha tenido cierta aplicabilidad en alguna de sus versiones.

(18) Resolución N° 053-2008/San Martín: (...) el inspector detectó la presencia de dos trabajadores portando el uniforme característico con el logotipo de la empresa, (...) siendo ello un elemento para establecer un vínculo laboral (...)".
Resolución N° 679-2008/Lima: "(...) según los hechos consignados en el acta de infracción, el recurrente reconoció que (...) sufrió un accidente de trabajo en su taller y que se hizo cargo de los gastos ocasionados por el mismo".

(19) GARCÍA NOVOA, César. La naturaleza y función jurídica de la norma VIII del título preliminar del código tributario peruano. La revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario. Volumen N° 44, Abril 2006. Cita a Ward, D.A. "The Business Purpose Test and Abuse of Right". En: *Diritto e Pratica Tributaria*, 1985, p. 1235, quién señala que la creación jurisprudencial de la regla de preferencia de la sustancia sobre la forma es mucho más acentuada en USA, que en el Reino Unido.

Si bien existen posiciones que consideran que el principio de realidad económica no es un "principio" sino una facultad de la Administración Tributaria, en la presente ponencia consideraremos a dicha facultad como un principio, teniendo en consideración que la aplicación de la misma tiene similar particularidad que el principio de primacía de la realidad.

Al respecto, es necesario señalar que recientemente la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario –referida a la realidad económica– ha sido modificada y reemplazada por la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 035-99-EF y normas modificatorias[20].

En ese sentido, entre las modificaciones realizadas a la citada norma se encuentra el tema formal referido a la supresión del segundo párrafo de la Norma VIII y consignada en la norma XVI, tal como se detalla a continuación:

> **"NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN:** Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y **relaciones económicas** que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios (...)".

Adicionalmente, y en los siguientes párrafos de la Norma XVI hacen referencia a una norma antielusiva (Norma XVI-2do al 4to. párrafos), que antes no estaba contemplada y que ahora es considerada como una nueva facultad de la

(20) Decreto Legislativo N° 1121. Modificación del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF y Normas Modificatorias, publicado el día 18 de julio de 2012.
"NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN: Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Sunat tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.
En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria-Sunat se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.
Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la Sunat:
a. Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
b. Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.
La Sunat, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el primer párrafo, según sea el caso.
Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.
En caso de actos simulados calificados por la Sunat según lo dispuesto en el segundo párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados."

Administración Tributaria, y que mediante su incorporación se intenta detectar aquellos supuestos de elusión de normas tributarias a través de la cual la SUNAT tendrá facultad de exigir la deuda tributaria. En ese sentido, coincidimos con la opinión de GAMBA[21], cuando manifiesta que este régimen ha cambiado sustancialmente a partir del 19 de julio de 2012, con la introducción de dicha Norma en el Código Tributario, cuya finalidad ya no solo es *"combatir"* los actos aparentes o simulados vía calificación (la cual se mantiene), sino también *"combatir"* los supuestos de elusión de normas tributarias.

Sin perjuicio que dichas modificaciones hayan generado posiciones encontradas por los especialistas tributarios (al considerarse una norma elusiva que podría ser de índole subjetivo y producir exceso en el accionar de la Administración Tributaria), lo cierto es que se autoriza de forma expresa a la SUNAT para exigir la deuda tributaria en caso de que se considere que se ha eludido alguna disposición tributaria.

2. Calificación económica e interpretación económica

En primer lugar, es necesario diferenciar las denominaciones de "calificación económica" con la "interpretación económica", puesto que no tienen el mismo significado. Al respecto, la doctrina nacional excluye a la segunda, permitiendo de forma mayoritaria la calificación económica en función de su contenido. La calificación económica es la posibilidad consistente en que el aplicador calificado trate de alcanzar cuál fue el propósito que tuvieron en mente los sujetos pasivos al realizar el hecho imponible, ultrapasando el plano del negocio jurídico e inclusive llegando a los momentos previos a la formación del mismo. (actos preparatorios) a efectos de buscar su recaracterización[22].

En efecto, y a fin de comprender la referida calificación económica contemplada en la Norma XVI, es necesario revisar la exposición de motivos de la modificada Norma VIII, la cual establecía como finalidad normativa que "la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipulara para no estar dentro del campo de aplicación del tributo". Por consiguiente, debemos entender por realidad económica la primacía de aquella realidad encubierta sobre la realidad ficticia o que se pudiera aparentar.

De otro lado, es necesario tener en consideración que si bien en el ámbito tributario se puede recurrir a diversas relaciones económicas para determinar la naturaleza del hecho imponible, ello se encuentra limitado con los principios constitucionales de legalidad y reserva de ley. Al respecto, compartimos la opinión de

(21) En conversación previa con el tributarista César Gamba Valega.
(22) Ob. cit. p. 153.

ARAOZ VILLENA[23], mediante la cual manifiesta que la verdadera naturaleza del hecho imponible debe determinarse recurriendo a la realidad jurídica, pudiendo utilizarse la realidad económica solo como un factor complementario.

Por otro lado, para definir qué se entiende por interpretación de normas tributarias, es necesario revisar el contenido de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, el cual actualmente tiene el siguiente tenor:

> "NORMA VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS
>
> Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas con supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo".

En atención a lo expuesto se desprende que, la citada norma permite que la administración tributaria utilice todos los métodos de interpretación admitidos por el derecho, respaldándose en las interpretaciones de diversas materias, tales como las aplicadas en el ámbito civil, penal, laboral, entre otros. Al respecto, cuando la citada norma manifiesta que en la interpretación de las normas tributarias podrán usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el derecho se refiere que, al momento que la Sunat tenga que interpretar alguna norma tributaria, tendrá que basarse en las diferentes interpretaciones que existen en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesariamente quedar limitado al ámbito tributario. Ello significa que para interpretar una norma tributaria no se descarta las interpretaciones que se puedan tomar de los otros ordenamientos.

3. El hecho imponible: La elusión a la ley tributaria

El hecho imponible es una denominación utilizada dentro del ámbito tributario, la misma que demuestra el nacimiento de una obligación tributaria. Al referirnos a "hecho imponible" no necesariamente nos referimos a un solo hecho sino que también puede comprender a un conjunto o diversas circunstancias de hecho. Ahora bien, no todo hecho económico constituye un hecho imponible para el derecho tributario. En ese sentido, "para ser una conducta que tenga trascendencia económica–tributaria debe integrarse totalmente con las características previstas abstracta e hipotéticamente en la ley impositiva". *En ese* momento dicho hecho económico dejar de ser tal y se convierte en un "hecho imponible", gracias a que se ha integrado en definitiva a una "hipótesis de incidencia" descrita

(23) ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. Una aproximación al correcto sentido y alcance de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario. Revista 44 IPDT, p. 204.

en la ley[24]. De esa forma, puede existir un hecho imponible con diversos tratamientos tributarios, quedando a elección del contribuyente acogerse al que legalmente tenga mayor interés.

Tal como cita BRAVO CUCCI[25] a Barros Carvalho, con respecto a la elusión tributaria, advierte que el adjetivo que la acompaña, permite concluir que lo que se pretende evitar es la configuración de un hecho imponible o hecho jurídico tributario. Ello permite inferir que los contribuyentes tienen diversas opciones, las cuales le permiten ahorrar o evitar que se configure un hecho imponible. No obstante, con esta nueva Norma XVI se pretende dejar a potestad de la Sunat realizar el cobro de la deuda tributaria cuando, luego de la evaluación económica que realice, considere supuestos de elusión de normas tributarias.

Ahora bien, el hecho imponible es la descripción de un suceso acaecido en una obligación tributaria. Sin embargo, hay casos en las cuales existan 2 situaciones similares, y una recaiga en el hecho imponible y la otra no. Incluso puede existir que esas situaciones incidan en el hecho imponible de una manera y el otro hecho de forma distinta. Al respecto, la no realización de un hecho imponible puede derivarse simplemente de que al encontrarse ante dos tipos de negocios similares pero con tratamientos tributarios diferentes, el ciudadano realice el hecho que no está gravado[26].

De esta forma, la ley otorga plena facultad al contribuyente para actuar de una manera sin incurrir en una acción evasiva de su obligación tributaria sino en una elusión totalmente permitida, pero que a través de esta Norma XVI se intenta cambiar dicha situación a pesar de que no sea considerada como una evasión, sino como una elusión.

Tal como lo señala BRAVO CUCCI[27] "el fraude a la ley tributaria consiste en intentar pagar el menor tributo posible mediante la realización de actos concretos artificiosos, que se intentan apoyar en una norma jurídica, civil, laboral, comercial o en una combinación de ellos (norma de cobertura) para evitar la aplicación de una norma tributaria (norma defraudada), más adecuada al caso por la causa y por la finalidad económica y jurídica del hecho efectivamente realizado".

Al respecto, mediante la elusión tributaria se busca que un suceso se configure en un determinado hecho imponible para evitar una obligación tributaria, intentando adaptarse como un acto sujeto a otra norma tributaria. Por citar un ejemplo: Una empresa contrata los servicios de un contador a través de un contrato de

(24) SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho Tributario e Ilícitos Tributarios*. Gráfica Horizonte. Lima - Perú. 1999. P.186.
(25) BRAVO CUCCI, Jorge. *La elusión, el fraude a la ley tributaria y el segundo párrafo de la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario. Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Volumen 44. 2006. p. 143.
(26) ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. Ob. Cit. 205.
(27) BRAVO CUCCI, Jorge. *Fundamentos de Derecho Tributario*. Palestra Editores, 2003, pp. 196-197.

locación de servicios, considerando que los servicios son brindados de forma autónoma, estando obligada la empresa contratante a retener solo el 10% del impuesto a la renta. En ese caso, y en tanto no se advierta ningún rasgo de laboralidad que vislumbre que estamos ante una relación laboral, se podría considerar que el contratante utilizó la mejor opción para evitar los aportes de seguridad social que hubiera estado obligado a asumir en caso hubiera una relación subordinada de quinta categoría. En efecto, de ello se desprende que hay la posibilidad que una empresa pueda contratar a una persona sujeto a dos tratamientos tributarios distintos, en tanto no exista un rasgo de laboralidad que determine lo contrario. De esa forma, y como puede percibirse, el contribuyente tiene plena facultad de organizarse de la mejor manera, optando por la alternativa que considere más conveniente.

Sin perjuicio de ello, y si bien los contribuyentes tienen facultad de elegir la alternativa que más se ajuste a sus necesidades, estas deberían estar adecuadas a las normas de la materia que corresponda; en caso contrario, y en función de las facultades con las que cuenta la Sunat, podrían determinar la verdadera naturaleza de dicha relación. Al respecto, el Tribunal Fiscal también se ha manifestado de la siguiente manera:

> **RTF 06686-4-2006:** "(...) la cláusula contenida en el segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar acoge el denominado criterio de la calificación económica, el cual otorga a la Administración la facultad de verificar los hechos realizados (actos, situaciones y relaciones) atendiendo al sustrato económico de los mismos, a efectos de establecer si estos se encuentran subsumidos en el supuesto descrito de la norma (...).

4. Facultades de la Administración Tributaria

El Código Tributario ha otorgado a la Sunat diversas facultades, tales como: recaudación, determinación, fiscalización, sancionadora y resolutoria. En el caso concreto, la facultad que nos interesa desarrollar se encuentra referida a la "fiscalización", que es aquella destinada a realizar inspecciones, investigación y control de cumplimiento de las obligaciones tributarias, las mismas que son ejercidas de forma discrecional, tal como lo establece el artículo 62° del Código Tributario[28]. Ahora, si bien la ley otorga una facultad discrecional a la Administración Tributaria, es necesario señalar que dicha facultad no es irrestricta, toda vez que ella se encuentra limitada en virtud de los principios de legalidad, de reserva de ley y respeto de los derechos fundamentales de las personas consignadas en nuestra Constitución[29].

(28) Código Tributario: Artículo 62°.- Facultad de fiscalización: La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce de forma discrecional, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la Norma IV del Título Preliminar. El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios (...).
(29) Constitución Política del Perú. Artículo 74°.- (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado con respecto a las facultades otorgadas a la Administración Tributaria, mediante la siguiente resolución:

> **"STC N° 4168/2006-PA/TC:** "Así, esta potestad tributaria, en su dimensión fiscalizadora, es regulada en el (...) Código Tributario (...), que en su artículo 62° establece las facultades discrecionales concedidas a la Administración Tributaria a fin de que pueda cumplir con su labor recaudatoria. Esta actividad, normada por Ley, **otorga gran amplitud de acción a la Administración, precisamente para combatir la evasión tributaria. Sin embargo (...), este amplio margen de actuación se encuentra limitado**".

¿La Administración Tributaria tiene facultades para establecer un vínculo laboral?: En principio, la determinación de un vínculo laboral es la natural potestad del MTPE, sin embargo la Administración Tributaria también cuenta con facultades para establecer una vinculación, en aquellos casos que se evidencie una relación civil encubierta y se verifique la existencia de un contrato de trabajo, aplicando el principio de realidad económica de lo tributario. Ante ello, si bien la Administración Tributaria cuenta con dicha facultad, ello se encuentra limitado únicamente para efectos de recaudación de tributos labores *–tales como de salud y pensiones–* mas no para determinar o conceder derechos laborales.

IV. CRITERIOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: REALIDAD ECONÓMICA

Al respecto, a continuación consideraremos aquellos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Fiscal que muestran aquellos criterios -que usualmente son utilizados por el MTPE- plasmados en sus resoluciones, en donde se advierte la consideración de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, así como de aquellos rasgos sintomáticos para establecer una relación laboral en lo tributario.

1. Resoluciones del Tribunal Fiscal en lo laboral

1.1. Realidad económica

Tal como hemos analizado precedentemente, el Tribunal Fiscal ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la Norma VIII, actual Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, referida a la realidad económica, manifestando que la Administración Tributaria tendrá en cuenta diversas situaciones para conocer la verdadera realidad de aquellos acontecimientos, mediante la cual se pretenda ocultar o simular determinada situación.

Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

Al respecto, la citada norma incorpora el criterio de la realidad económica no en el entendido de un método de interpretación, sino de una calificación del hecho imponible, la misma que tiene por finalidad descubrir la real operación económica de las partes, facultando a la Administración Tributaria a verificar los hechos imponibles ocultos por otras formas jurídicas aparentes, y que en aplicación de la realidad económica prevista en el Código Tributario se pueda conocer aquella intención oculta o no que pudieran tener los contribuyentes. Por otro lado, y adicionalmente al uso de la realidad económica, el Tribunal Fiscal también ha utilizado el principio de primacía de la realidad para reconocer una relación laboral en lo tributario. A continuación una resolución que evidencia la aplicación del criterio de realidad económica como una calificación del hecho imponible:

> **RTF N° 00590-2-2003:** "Nuestro Código Tributario incorpora el criterio de la realidad económica no en el entendido de un método de interpretación, sino de una apreciación o calificación del hecho imponible, que buscar descubrir la real operación económica y no el negocio civil que realizaron las partes (...)".

1.2. Elementos esenciales y sintomáticos: Una relación laboral en lo tributario

a) Elementos esenciales

Como ya ha quedado establecido, los elementos indispensables para determinar una relación laboral son: la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación, tal como se señala en la siguiente resolución emitida por el Tribunal Fiscal:

> **RTF N° 4873-1-2006**: "El Tribunal Fiscal ha dejado establecido que para determinar si existe una relación de naturaleza laboral, debe verificarse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son la prestación personal, el pago de una remuneración y la existencia de la subordinación"[30].

En ese sentido, y teniendo en cuenta el esfuerzo que conlleva determinar una relación laboral al no ser de fácil identificación, la Administración Tributaria emplea ciertos rasgos sintomáticos, los cuales también han sido acogidos con dicha denominación por el Tribunal Fiscal, como se señala a continuación:

> **RTF N° 715-5-2010:** "La determinación de la relación laboral no es fácil de identificar, siendo necesario recurrir a los rasgos sintomáticos (...)"

(30) Similar criterio puede establecerse en las RTF N° 5190-1-2003, RTF N° 6131-3-2004, RTF N°6760-1-2004, emitidas por el Tribunal Fiscal.

b) Rasgos sintomáticos

Al igual que en el ámbito laboral, y siguiendo la misma línea del numeral antecedente, a continuación comentaremos aquellas resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal en las que se aprecia el análisis de los rasgos sintomáticos, así como también describiremos los rasgos que, a pesar de que en el ámbito laboral hayan sido acogidos por el MTPE para determinar una relación laboral, ello no ha sido suficiente para considerarlo como un rasgo de laboralidad en el ámbito tributario.

b.1 Rasgos sintomáticos sobre realidad económica: casos de procedencia

- **Correlativo de recibos:** El Tribunal Fiscal ha determinado como un rasgo sintomático, al correlativo de los recibos por honorarios, el mismo que si bien no es determinante para la acreditación laboral constituye un rasgo que podría revelar dicha vinculación.

  > **RTF Nº 9296-4-2001:** "Que la Administración considera que los servicios prestados califican como generadores de renta de quinta categoría, por el hecho de que el recurrente ha emitido recibos por honorarios en forma consecutiva a favor de un mismo usuario de sus servicios"

- **Naturaleza de la posición:** Al respecto, existen ciertas posiciones de la estructura de las empresas donde, por más que se intente manifestar lo contrario, no podría considerarse que se encuentran dentro de una relación civil, tal como lo ha manifestado el Tribunal Fiscal con respecto a una secretaria y a un vigilante. Así, el Tribunal Fiscal manifiesta: "Que por su naturaleza las labores de secretariado y vigilancia, constituyen labores que deben ser prestadas dentro de una relación de dependencia, pasible de recibir órdenes directas, de aplicar sanciones en caso de incumplimiento de estas y sometidas a un horario predeterminado por la empresa"[31]

- **Carta de renuncia:** Al igual que en el ámbito laboral, la carta de renuncia constituye un rasgo sintomático para determinar la existencia de una relación laboral, tal como se señala en la siguiente resolución:

  > **RTF: 5190-1-2003:** "Que la recurrente se comprometió a brindar servicios de secretariado a cambio de una remuneración fija mensual y la carta de renuncia presentada por la citada trabajadora".

- **Horario asignado**: Tal como hemos determinado en lo laboral, la asignación de un horario al locador constituye un rasgo sintomático dentro de la esfera de la subordinación, más aun si en la fiscalización realizada por la Sunat se presenta un cronograma de clases, tal como se desprende en la siguiente resolución:

(31) *RTF Nº 2890-3-2009.*

> **RTF Nº 8982-5-2011:**"Que de la revisión de los contratos celebrados (...) se tiene que se estableció que realizarían su trabajo en el horario asignado" (...), así como si durante la fiscalización la recurrente proporcionó el cronograma de clase y un listado detallando los cursos dictados.

b.2 Rasgos sintomáticos sobre realidad económica: casos de improcedencia

A continuación desarrollaremos aquellos casos en los cuales a pesar de que aquellos rasgos sintomáticos han sido elementos suficientes para establecer una relación laboral por parte del MTPE, para el Tribunal no han sido considerados de dicha manera.

- **Pago de gratificaciones:** Tal como hemos revisado en la primera parte de este artículo, el pago de las gratificaciones son considerados como un rasgo sintomático de laboralidad, no obstante para el Tribunal Fiscal ello no constituye elementos suficiente para considerarse como una relación laboral:

  > **RTF Nº 5190-1-2003**: "Que sobre dicho extremo se verifica (...) que en julio y diciembre percibieron un monto ascendente al doble de lo recibido en los otros meses, debido al pago de gratificaciones por fiestas patrias y navidad (...). Determinándose que ello no es característica de una relación de subordinación simulada (...)".

- **Órdenes y directivas:** Si bien un rasgo sintomático de la subordinación para acreditar la vinculación laboral es la emisión de órdenes, directivas o instructivas por parte de la empresa hacia el locador, cabe indicar que no toda directiva implica una desnaturalización, tal como el Tribunal Fiscal lo ha establecido en la siguiente resolución:

  > **RTF: 4873-1-2006**: "Si bien de los términos de los contratos antes reseñados, así como del contenido del informe final obrante en autos, se establece que las actividades de la recurrente estaban sujetas a supervisión, control y seguimiento respecto al desarrollo de las mismas, ello no implica que se haya impartido órdenes, directivas o instructivas para la ejecución de las mismas (...) por el contrario de las conclusiones y recomendaciones del informe se aprecia una relación de coordinación entre ambas partes".

V. REFLEXIONES FINALES

- Para establecer una relación laboral, aplicando el principio de primacía de la realidad en lo laboral o la realidad económica en lo tributario es necesario considerar los elementos esenciales que determinan un vínculo laboral (la prestación personal, contraprestación y subordinación), así como

también aquellos rasgos sintomáticos considerados como indicios que valorados en conjunto y/o aunados a otros elementos pueden demostrar una vinculación de índole laboral.

- Por otro lado, y en cuanto a la finalidad que persigue el MTPE, en función del deber de protección de un estado social, es buscar la realidad material, primando los elementos esenciales y rasgos sintomáticos que pudiera existir en una relación civil. Por su parte, la Administración Tributaria cuenta tiene el deber de analizar si hay una relación laboral para recaudar los tributos laborales que correspondan.
- Finalmente, tanto las resoluciones emitidas por la Dirección de Inspección Laboral de Lima del MTPE como del Tribunal Fiscal son pronunciamientos de última instancia administrativa que coinciden en la aplicación de los elementos esenciales y los rasgos sintomáticos que determinan una relación laboral cuando una simulación, una con énfasis en la primacía de la realidad laboral y la otra con el criterio de realidad económica.

LA RUTA HACIA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Luz PACHECO ZERGA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente de la Universidad de Lima y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho (campus Lima).

SUMARIO

CLÁUSULA I. 1. Diversidad sexual y corresponsabilidad familiar. **CLÁUSULA. II.1.** El trabajo: elemento clave del desarrollo humano. **CLÁUSULA III. 1.** El movimiento feminista y la ideología de género. **2.** La ideología del género y su influencia en el concepto de familia. **3.** La ruta hacia la igualdad de oportunidades: un esfuerzo internacional. **4.** La no discriminación y la igualdad de oportunidades: algunas conclusiones

Han pasado cinco años desde que el Gobierno del Perú asumiera un compromiso más decidido para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestro país. Con fecha 12 de marzo de 2007 fue promulgada la Ley N° 28983 que estableció el marco normativo, institucional y de políticas públicas para el ámbito nacional, regional y local, con el objeto de garantizar a mujeres y hombres "el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo la plena igualdad" (art. 2). Unos meses después esta norma fue reglamentada por el D.S. N° 027-PCM-2007, que obliga el cumplimiento de las políticas de igualdad de oportunidades.

El año pasado el Consejo de Ministros aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Al darlo a conocer a la opinión pública la ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), Ana Jara Velásquez, resaltó que se ha sustituido la palabra "oportunidades" por la de "género" con el fin de poner de manifiesto

el compromiso del Gobierno en la lucha por acortar la brecha de desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

El V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social tiene como objetivo analizar las tendencias y las perspectivas laborales no solo desde el interior de la disciplina sino teniendo en cuenta el marco interdisciplinario. La importancia que tiene el acceso de la mujer a los estudios superiores y al trabajo fuera del hogar es, en palabras de uno de los más connotados maestros laboralistas, "el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual"[1], que ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial[2]. De allí que parezca necesario realizar un breve análisis de los alcances que tiene la ideología del género y las actuales políticas gubernamentales para lograr una efectiva promoción del empleo femenino, respetuosa de las potencialidades de la mujer, del derecho-deber de trabajar y de la corresponsabilidad que comparte con el varón en la vida familiar.

Con este fin hemos dividido el presente estudio en cinco apartados: el primera analizará la diversidad sexual y la corresponsabilidad familiar; el segundo estará referido al trabajo como elemento clave del desarrollo humano; el tercero, al movimiento feminista y a la ideología de género; el tercero, al impacto de la ideología de género en el concepto de familia; para, finalmente, referirnos al esfuerzo internacional de lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y poder así culminar con algunas conclusiones.

CLÁUSULA I

1. Diversidad sexual y corresponsabilidad familiar

La tradición judeo-cristiana, que caracteriza los Ordenamientos occidentales, ha considerado desde antiguo a la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un rol protagónico en la educación de los hijos y en la

(1) ALONSO OLEA, Manuel "El trabajo de la mujer en el Derecho Español". En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 72 (1995).

(2) Otro fenómeno emparentado con este es la profunda modificación del sistema de servicio doméstico, que puso de manifiesto uno de los más distinguidos filósofos del siglo pasado: "Es evidente que la estructura de la familia, su tamaño, los aspectos profesionales, las relaciones de los padres con los hijos y del matrimonio entre sí, el número de los hijos, la permanencia en la casa de los abuelos, el empleo del tiempo, la administración del ocio, todo esto está condicionado en inmensa proporción por la desaparición del servicio doméstico. Y entiendo por servicio doméstico, el tradicional, con la criada interna, que vivía en casa, que amanecía y anochecía en casa; que tenía una jornada ilimitada aunque no fuese demasiado larga, aunque tuviese largos periodos de descanso; que tenía otra de adopción familiar, de participación en la vida de la familia, de ascenso social, de educación: una larga serie de cosas buenas y malas. (…). Y la crisis del servicio doméstico –no lo olvidemos– ha destruido formas y posibilidades de compañía, ha introducido en las sociedades actuales uno de sus factores más graves y de más hondas consecuencias: la soledad". MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4ª edición, *Humanidades* (Madrid: Alianza Editorial, 1980) pp. 43-44.

atención del hogar. Sin embargo, es también innegable que el relato de la creación del hombre y de la mujer basado en el simbolismo de la costilla de Adán fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sierva del hombre[3]. Esta interpretación dificultó erradicar la actitud machista[4]propia de las sociedades precristianas. De este modo, la mujer fue relegada al espacio privado del cuidado del hogar y de la educación y atención de los hijos, no considerándola apta para intervenir activamente en la vida pública de la sociedad.

Al varón, por el contrario, se le reafirmó en su compromiso con la vida pública y su responsabilidad en la marcha económica del hogar. Por tanto, su responsabilidad era la actividad extra doméstica que debía ser lucrativa para sostener a la familia[5]. Esta disparidad de trato cristalizó, en algunos Ordenamientos, en exigir a la mujer contar con el consentimiento expreso del marido para trabajar fuera del hogar o con autorización judicial en caso que aquel se negare injustificadamente[6]. Al marido correspondía, en cambio, la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerársele el representante del hogar conyugal[7].

Esta discriminación injusta justifica negar tanto los roles asignados como la existencia de la diferencia sexual. Para responder a esta cuestión es necesario recurrir a la embriología, que enseña que la especie humana se caracteriza por tener 23 pares de cromosomas, la mitad de los cuales proceden del padre y la otra mitad de la madre. En el caso de los seres humanos los cromosomas que originan la diferencia sexual se agrupan en dos fomas: XY para el sexo masculino y XX para el femenino. En consecuencia, ser varón o ser mujer no es cuestión de opción social sino de determinación genética. No existen operaciones de cambio de sexo ya que no se modifica la carga genética: lo único que se hace es un cambio morfológico. Los estudios de embriología y de biología enseñan que sexuadas son las células, los sentimientos y los pensamientos[8]. La calificación de varón y mujer responde a una carga genética determinada, que condiciona los respectivos modos de ser y obrar y no una simple orientación cultural.

Por otro lado, no requiere prueba demostrativa el hecho de que el varón y la mujer se encuentren naturalmente atraídos entre sí y que son capaces de una unión física ordenada naturalmente a la reproducción de la especie, en la que cada uno de

(3) Cfr. JUAN PABLO II, *Compromiso por la promoción de la mujer* (vatican.va, 15.IX12 1999 [30.I. 2012); disponible en <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>.

(4) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al machista como al partidario del machismo que, a su vez, se tipifica como una "actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres".

(5) Esta mentalidad quedó plasmada en el caso del Perú, en el artículo 161 del Código Civil de 1936 donde se establece que "La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".

(6) Cfr., por todos, Código Civil del Perú 1936, art. 173

(7) Cfr. Ibidem, arts. A61 y ss.

(8) Para quien desee profundizar en estas cuestiones remito a la obra de CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer.* (Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona: 1997).

los sexos tiene una función propia, que se proyecta luego en la atención y educación de los hijos[9]. Ahora bien, si se pretende lograr la igualdad de oportunidades se debe partir de la realidad de las diferencias sustanciales entre mujeres y hombres "por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada"[10]. De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo.

Algunas ONG feministas han manifestado su "preocupación" porque el Gobierno peruano en un informe del año 2010 hizo referencia a una meta de equidad y no de igualdad en relación a los derechos del varón y la mujer, lo cual, a juicio de ellas es una aspiración social, pero no una reivindicación jurídica, que erradique la discriminación en perjuicio de la mujer[11]. Sin embargo, frente a esta equivocada apreciación es necesario recordar que para determinar si se ha observado o no el mandato de no discriminación es necesario realizar un juicio complejo, que va más allá del análisis de la simple igualdad[12]. Este es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, artículo 2.2[13] que, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, no faculta a las personas a exigir un trato igual a los demás, "sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación". La igualdad, sigue explicando el Alto Tribunal, "además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables". Estas precisiones exigen comprender adecuadamente dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. La diferenciación "está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y

(9) Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la feminidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en este pues se trata de personas: además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para actuar conforme lo exige la dignidad humana. Cfr., por todos, HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, 4ª ed. (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998).

(10) RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel , "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género" En: *Relaciones Laborales*, (2001), pp. 67-77.

(11) MANUELA RAMOS, *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* (Movimiento Manuela Ramos, 2008 [14.IX 2012); disponible en: <http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf>.

(12) Cfr. STC 0976-2001-AA/TC, f. j. 3.

(13) "(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable"[14].

Se debe reconocer que la protección social otorgada por el Derecho Laboral en la primera mitad del siglo pasado tuvo matices especiales para la mujer y los jóvenes (adolescentes y niños), a quienes se les consideraba especialmente débiles para negociar y prácticamente forzados a realizar una actividad necesaria pero no deseable –la del trabajo– que, por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio de esos trabajadores y de la sociedad en su conjunto. Por eso, la tendencia a nivel mundial –hasta fines del siglo pasado– fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, no solo relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer[15], sino también otros, considerados patrimonio exclusivo del varón, por considerar a la mujer menos dotada para los trabajos extradomésticos. A la vez, la conciencia social de la importancia de la maternidad y cuidado del recién nacido llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 a iniciar sus actividades adoptando seis convenios, dos de los cuales se orientan a evitar que la mujer trabaje en labores que se consideraban perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Uno de esos convenios prohibió el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto[16] y el otro[17], impedía que realizase trabajos en horario nocturno. Posteriormente, se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas[18]. En cambio, los siglos XX y el XXI presentan un panorama diferente: tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, como es el caso del Perú, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva.

El Estado debe velar por la protección jurídica del derecho de la mujer a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no solo por motivo del parto o la lactancia, sino también para atender deberes familiares prioritarios. De modo similar, también el varón tiene el derecho y el deber de ausentarse del trabajo por nacimiento de sus hijos o por enfermedades u otros deberes propios del cuidado y la solidaridad que exigen los vínculos familiares. La protección jurídica no puede ser igualitaria sino complementaria, a fin de que la igualdad de oportunidades equilibre

(14) Así se pronunció en el Exp. Nº 0048-2004-PI/TC, f. j. 62 y lo ha reafirmado, entre muchos otros, en el Exp. Nº 03461-2010-AA, f. j. 3 a 5.

(15) No sin un asomo de ironía el maestro Alonso Olea, destacó en una oportunidad, que esa falta de "robustez"no es incompatible con que sea más fuerte que el hombre, como lo demuestra "su superior longevidad doquiera". ALONSO OLEA, Manuel, "El trabajo de la mujer en el Derecho Español," *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 72 (1995).

(16) Convenio 3.

(17) El artículo 3 establece que: "Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia", con algunas excepciones, taxativamente previstas.

(18) Convenio 45.

las responsabilidades exigidas por el cumplimiento de los deberes familiares, según las competencias de cada sexo.

Al ser evidente que la mujer tiene encomendada de manera particular el don de la vida y su guarda, los Ordenamientos jurídicos han optado por preservar la salud física y mental de la mujer embarazada, facilitándole el necesario descanso mediante los descansos pre y postnatal, así como por otros institutos como la excedencia o el derecho de gozar de las vacaciones inmediatamente después del descaso post natal. Esta protección se extiende, en todas las naciones europeas, y en algunas americanas, a solicitar el cambio de ocupación si las labores que tiene asignadas una mujer embarazada ponen en peligro su vida o la salud del hijo por nacer[19]. Se debe destacar también que las legislaciones laborales tienden a homologar, sin violentar las exigencias naturales del embarazo, parto y lactancia, los derechos de ambos padres en el cuidado del hijo recién nacido, para lograr la corresponsabilidad en los deberes familiares. Y, por último, el Derecho Laboral se ordena a proteger el derecho de la madre trabajadora a conservar el empleo con independencia de su estado de gravidez, al punto de establecer el denominado "fuero maternal" en países como Chile, Panamá y Venezuela[20] para prevenir la discriminación por razón de sexo o el acoso moral. Pretender en estos casos un igualitarismo con el hombre equivaldría a violentar la naturaleza y discriminar injustamente a la mujer, que tiene el derecho a gozar de su maternidad y sus hijos de ella.

CLÁUSULA II

1. El trabajo: elemento clave del desarrollo humano

La conciencia de la necesidad del trabajo para la vida personal y social ha llevado a que se reconozca como un derecho fundamental en diversas Constituciones occidentales[21]. Su importancia para la vida humana es objeto de estudio no solo para los economistas y laboralistas sino –inclusive– para los teólogos y sociólogos,

(19) En Europa la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia ha logrado una amplia protección en los países de la Unión. En el Perú, la Ley 28048 y su Reglamento, el D.S. N° 009-2004-TR establecen prescripciones para preservar la salud de la trabajadora, que sea madre gestante, y el desarrollo normal del embrión y el feto.

(20) El Código de Trabajo de Chile establece en su art. 194 lo siguiente: "Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez".

(21) Por todas, citamos la Constitución española, art. 35.1 "1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo". Y la chilena, art. 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

entre otros[22]. Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas, porque el trabajo, no solo no es una mercancía[23], sino que es el medio natural de realización de la persona[24]. Si bien es cierto, que uno de los elementos que tipifican la relación laboral es la existencia de un salario o remuneración[25], la persona no trabaja solo por dinero y, más aún, es capaz de prescindir de un trabajo bien remunerado si no satisface otras aspiraciones humanas básicas.

Además, el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, **por el trabajo la persona se construye a sí misma**. El ser humano cuando trabaja, no solo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos[26]. El trabajo permite adaptar el universo a necesidades humanas, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. En cambio, permite desvelar y reconocer la finalidad de las realidades naturales, prevista por quien las constituyó en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer el carácter teleológico de la naturaleza y, consecuentemente, su carácter normativo para el ser y el obrar humano[27]. Esta es una de las funciones más nobles del trabajo: permitir comprender el sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende al experimentar –en el desarrollo de esa actividad– su propia dignidad[28]. De allí la importancia de la adecuada regulación jurídica no solo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

(22) El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del Hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo XX. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. Cfr. por todos JUAN PABLO II, *Laborem excercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981). ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Camino* (1a. (1939)) (Rialp, 26.1 2011); ubicable en: <http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm>. y DONATI, Pierpaolo, "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei," *Romana* Estudios 1985-1996, (1996).

(23) Cfr. Constitución OIT, 1919, art. I.

(24) Cfr. Constitución del Perú, art. 22: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

(25) Cfr. por todos ALONSO OLEA, Manuel, "Derecho del honor y despido". En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, 2001, p. 41

(26) El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. Cfr. RODRÍGUEZ, Pedro. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relacion entre naturaleza y cultura.," *Scripta Theologica* XXXIII, N° 1 (2001), pp. 161-182.

(27) Sobre esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, Ana Marta, *Naturaleza y dignidad* (Pamplona: EUNSA, 1996).

(28) Cfr. BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia* trans. Antonio Esquivias (Madrid: Palabra, 1999), p. 168 y ss. Esa dignidad es precisamente la capacidad de trascender lo individual y contingente y alcanzar por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal que, si la persona ha logrado una personalidad madura, están abiertas al bien social, a diferencia del animal, que actúa en función de sus necesidades. De hecho, "ninguna abeja trabaja formalmente para los demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardid de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja solo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros"[29]. Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales: solo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio, también incumbe a las personas discapacitadas, aunque evidentemente, para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que no corresponde explicar en esta investigación. Se debe reconocer que el deber de servir es de orden moral, que es exigible jurídicamente en determinados casos, aunque negarse a servir para nada y a nadie es contrario a la dignidad humana. Por eso puede decirse que el hombre es libre pero servidor de los demás[30].

CLÁUSULA III

1. El movimiento feminista y la ideología de género

La sociedad le debe al movimiento feminista el haber contribuido poderosamente a mejorar las condiciones de vida de la mujer en la vida social. Si bien existieron inquietudes feministas en todos los siglos, es hacia finales del siglo XVIII, en tiempos de la Revolución Francesa, que este movimiento toma especial fuerza. En ese entonces, las mujeres reclamaron sus derechos a estudiar, a votar y a participar en la vida pública. Sus luchas tuvieron victorias y derrotas, pero a principios del siglo XX consiguieron que las mujeres fueran admitidas, de modo oficial, en la enseñanza superior y en las universidades. También lograron alcanzar la igualdad política, al menos según la ley, en todos los países del continente europeo y en la mayoría de los americanos[31].

Una vez lograda esta meta, a partir de la mitad del siglo XX, una parte de las feministas ya no aspiraron simplemente a una equiparación de los derechos jurídicos y sociales de varón y la mujer, sino a la igualdad funcional de los sexos. Exigieron la eliminación del tradicional reparto de responsabilidades o roles de los sexos y rechazaron la maternidad, el matrimonio y la familia como instituto natural.

(29) ZUBIRI, Xavier *Sobre el hombre.* Alianza editorial, Madrid, 1986, pp. 251-252.
(30) Cfr. d'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo., Cuadernos.* Civitas, Madrid, 1995, p. 158.
(31) El Estado de Wyoming (Estados Unidos) fue el pionero en conceder el voto femenino en 1869. Le siguieron Inglaterra y Alemania (1918), Suecia (1919), Estados Unidos (1920), Polonia (1923). Más adelante se puede mencionar el caso de España (1931), Francia e Italia (1945), Canadá (1948), Japón (1950), México (1953) y Perú (1956). El último país europeo en reconocerlo fue Suiza (1971).

Simone de Beauvoir (1908-1986) fue una filósofa existencialista, compañera de Jean Paul Sartre, cuya obra "*Le Deuxième Sexe*" (*El otro sexo*, 1949) fue un éxito mundial. Ella previno contra lo que llamó la **trampa de la maternidad**, que era utilizada en forma egoísta por los hombres para privar a sus esposas de independencia. Esta corriente feminista exige a la mujer liberarse de las ataduras de su naturaleza y de las funciones maternales. Para lograrlo recomienda, –desde hace más de sesenta años– las relaciones lesbianas, la práctica del aborto y el traspaso de la educación de los hijos a la sociedad[32].

En las décadas siguientes, otras feministas descubrieron que el deseo de ser como el varón evidencia un cierto complejo de inferioridad y lleva, además, a tensiones y frustraciones. Concluyeron que, la mujer para llegar a su plena realización, no tiene que comportarse como el hombres, –frío y racional– sino ser completamente femenina, lo cual equipararon con la belleza física, la emoción y la sensualidad. Se celebró entonces una *nueva feminidad* que al exaltar sus valores físicos y su capacidad emocional, menospreció la capacidad intelectual de la mujer, con el consiguiente empobrecimiento de su valía y de las relaciones interpersonales. Lamentablemente, en pleno siglo XXI muchas mujeres ceden a la manipulación de la mujer-objeto como anzuelo comercial, ya sea por frivolidad o por ambición económica.

Pero es al empezar este milenio que el movimiento feminista se reformula: su meta ya no consiste en emanciparse del predominio masculino, ni tampoco en liberarse de las concretas funciones femeninas y maternales: aspira a eliminar la misma naturaleza, a cambiar el propio cuerpo hasta convertirlo en un híbrido al "gusto del consumidor". De allí que mientras muchas mujeres, desprecian el matrimonio y la maternidad, los medios de comunicación nos transmiten los sueños de hombres, que aspiran a intervenciones quirúrgicas (implantarse un útero, etc.) para experimentar el embarazo y la maternidad.

Este panorama les exige un nuevo léxico: es necesario sustituir la palabra sexo por la de género (*gender*). No se trata de un simple cambio de palabras. Detrás hay una ideología: la de considerar que la masculinidad y la feminidad se encuentran determinadas por la cultura y no por la biología. Mientras el término sexo hace referencia a la naturaleza e implica dos posibilidades (varón y mujer), el término género proviene del campo de la lingüística donde se existen tres acepciones: masculino, femenino y neutro. Por tanto, lo que se quiere es convencer que las diferencias entre el varón y la mujer no corresponden a la naturaleza, sino que son simples construcciones culturales sobre los roles y estereotipos que las sociedades han asignado tradicionalmente a los sexos.

Hay quienes plantean la existencia de cuatro, cinco o seis géneros: heterosexual masculino, heterosexual femenino, homosexual, lesbiana, bisexual e

(32) Cfr. BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* (almudi.org, 23.V. 2007 [14.IX. 2012); disponible en: <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>.

indiferenciado. De este modo, la masculinidad y la feminidad dejan de ser los prototipos del ser y del obrar humanos para convertirse en orientaciones personales, que deben no solo respetadas sino protegidas jurídicamente por tener todas el mismo valor. Según esta ideología, la heterosexualidad, lejos de ser "obligatoria, no significaría más que uno de los casos posibles de práctica sexual. Ni siquiera tendría por qué ser preferido para la procreación. Y como la identidad genérica (el *gender*) podría adaptarse indefinidamente a nuevos y diferentes propósitos, correspondería a cada individuo elegir libremente el tipo de género al que le gustaría pertenecer, en las diversas situaciones y etapas de su vida[33].

2. La ideología del género y su influencia en el concepto de familia

Para llegar a una aceptación universal de esta ideología, sus promotores quieren lograr la llamada "de-construcción" de la familia. Ahora bien, el derecho a formar una familia es uno de tipo fundamental en las sociedades occidentales[34], pero el deber de los Estados de proteger a la familia deviene de la función social que esta tiene en la formación de los individuos, ya que es en ella donde estos se **humanizan**. Una somera revisión de las constituciones más próximas a nuestra tradición jurídica evidencia la profunda convicción de esta verdad. Las ciencias sociales enseñan que la familia que surge de la vida conyugal estable de un varón y una mujer es una institución originaria, peculiar y primordial, porque "existe desde el inicio, tanto en sentido filogenético (en cuanto está en el origen de la especie humana), como en sentido ontogenético (en cuanto que, en cualquier tiempo y lugar, el individuo se introduce en la sociedad y madura su participación, de forma más humana cuanto mejor está apoyado por la mediación de una familia)[35].

El hecho de que en la familia el ser humano sea aceptado y amado incondicionalmente, es decir, no por sus cualidades, sino simplemente por el hecho de ser miembro de esa comunidad humana es la clave de la maduración interior de la persona y de su proceso de **humanización**. La razón estriba en que en la familia se enlazan de "manera relevante el sentido del sexo y la procreación, del amor entre personas, de la propiedad legítima, de la educación" y, además, "se responsabiliza de la humanidad y. de la tierra que ocupamos"[36]. Los problemas de la ecología y, en

(33) Cfr. Ibídem (14.IX. 2012).
(34) Con esta denominación me refiero a las que hunden sus raíces en la cultura greco-romana y cristiana.
(35) DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. Ed. Instituto de Ciencias para la Familia, trans. Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis. Pamplona EUNSA, 2003, p. 13.
(36) ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. Pamplona: EUNSA, 1998, pp. 26-27. Ahondando en esta definición el autor señala: "Familia, sexo y matrimonio son realidades distintas, aunque puedan relacionarse, y su combinación es particularmente relevante para la vida humana. Es obvio que las tres citadas realidades existen por separado. Se dan relaciones sexuales sin familia ni matrimonio, se dan matrimonios que no desarrollan una vida familiar, y a veces tampoco sexual, y hay verdaderas familias sin matrimonio ni relaciones sexuales. –como cuando una persona se hace cargo de unos niños que no son suyos, pero a los que da un hogar, o cuando se forma un hogar con otras personas a partir de motivos religiosos, etc.". ALVIRA DOMÍNGUEZ. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia* 26.

último término de la solidaridad entre los miembros de una sociedad y de los pueblos en general, son cuestiones éticas en las que inciden decisivamente los valores inculcados en el entorno familiar. Interesa que los ciudadanos actúen como **habitantes** y no solo como **gente**, es decir, como seres pertenecientes a una familia común y no como grupo anónimo desconectado entre sí[37]. Las tres funciones básicas que cumple la familia se corresponden con sus elementos constitutivos –economía, educación e intimidad–, que se ordenan a lograr la igualdad –o mejor aún la equidad– en el ámbito de la economía; la libertad en la educación y la fraternidad en la intimidad[38].

El término familia ha devenido en algunas culturas en equívoco, pero en la mayoría de los países y, entre ellos se encuentra el Perú, existe una relación directa entre matrimonio y familia, tanto en el texto constitucional[39] como en el Código Civil[40]. El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural[41]. A diferencia de otros Códigos[42], el peruano ha definido el matrimonio[43], pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias pues el dato de la ley positiva no es suficiente[44]. De este análisis, que no es posible detallar en este trabajo porque excede sus fines, se puede concluir que la familia se fundamenta en el matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su virilidad y feminidad, que trae consigo una comunidad indivisible de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda[45]. Esta precisión es importante para el Derecho del Trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral, no tiene por resultado únicamente una mejor calidad de vida para los trabajadores, sino también para sus familias

(37) Cfr. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, p. 27.
(38) Cfr. Ibidem. pp. 27-28.
(39) "La comunidad y el Estado (…) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad" (Art. 4)
(40) "La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú" (Art. 233).
(41) Cfr. CP, art. 4.
(42) Cfr. ENNECCERUS, Ludwig / KIPP, Theodor/ WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*. Trans. Blas Pérez González y José Alguer, 2ª castellana y 20ª alemana ed., V vols., vol. IV, *Derecho de Familia* (Vol. I), Barcelona: Bosch, 1979, p. 12.
(43) "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común" (Art. 234).
(44) Ésta es la tarea propia del profesor universitario que no puede empequeñecer su horizonte cultural con una especialización desconectada de las cuestiones esenciales para la vida humana, con son las de identificar los bienes humanos básicos, entre los que se encuentra la familia.
(45) Remito a algunas de las fuentes consultadas: BUTTIGLIONE. *La persona y la familia*, VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinar para la Familia (DIF)*. (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984). JUAN PABLO II, *Laborem excercens*. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. ALVIRA DOMÍNGUEZ, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9ª ed., II. vols., vol. II. (Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998), DONATI. *Manual de sociología de la familia*. ENNECCERUS. *Tratado de Derecho Civil*.

porque la presencia de los padres y el diálogo que se entabla con los hijos, fortalece la capacidad ética de las futuras generaciones. Asimismo, las legislaciones laborales nacionales y los convenios colectivos fijan los derechos relativos al nacimiento de hijo, cuidado, permisos por razones familiares, etc., de acuerdo al concepto jurídico de familia del país.

Afirmar que el matrimonio es una institución natural equivale a decir que su esencia –el vínculo– sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta se encuentran determinados por la naturaleza humana. Es decir, responde a la estructura ontológica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva[46]. Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una **concesión del legislador** a los particulares sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente[47].

La revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial ha modificado la extensión de los derechos laborales relacionados con ella[48] y desdibuja sus contornos. Paradójicamente, la sociedad actual considera la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales ha sido aceptada en algunas legislaciones, así como en parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia[49]. Algunos pocos países han legalizado el "matrimonio" de personas del mismo sexo, a pesar que entraña una contradicción en sus términos, similar a la

(46) La unión del varón y de la mujer que contraen matrimonio se denomina también **conyugal**. Este calificativo resalta la unidad esponsal –no fusión– de los esposos, que es también unidad social y de justicia, que establece un vínculo jurídico entre ambos, fundamentada en "la profundísima unidad que, por la misma naturaleza, está dispuesta entre lo femenino y lo masculino. Y en este sentido, no existe en la naturaleza una unidad tan básica, elemental y natural como aquella que se produce entre los esposos, entre la virilidad y la feminidad entregadas en su totalidad a título de deuda en la alianza [matrimonial]". VILADRICH. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio* 157.

(47) "Así quedan fuera de la competencia del legislador *la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial*", Ibidem, p. 179.

(48) Cfr. MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001.

(49) Entre estas legislaciones se cuenta la del Distrito Federal de México porque el 21 de diciembre de 2009 su Asamblea Legislativa aprobó una enmienda al Código Civil –de ese Distrito Federal–, por la que se permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La ley entró en vigor en marzo de 2010. Conviene advertir, que al igual que en otros países, había precedido una legislación que reconocía las uniones de hecho: desde el 2006 existía una "Ley de sociedades de convivencia" equiparable al matrimonio, pero no con todos los derechos del mismo. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la validez de la ley el 5 de agosto de 2010 y, el 16 de agosto de ese mismo año, declaró la constitucionalidad de la ley que permite adoptar niños a parejas homosexuales en la ciudad de México. Entre la múltiple bibliografía sobre el tema cito solo a FORNÉS, Juan, "Matrimonio y uniones de hecho," *Ius Canonicum* XL, N° 80, 2001, pp. 395-411. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. "La familia en la Constitución española". En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58, 2000, pp. 11-43. SANCIÑENA, Camino. "La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales". *JuS Doctrina & Práctica*, N° 4, 2008.

que existe en la "compraventa gratuita". Esta realidad exige ahondar en los presupuestos antropológicos y filosóficos que originan este instituto jurídico, ya que un presupuesto esencial para el discurso lógico y el progreso de la ciencia es que los términos lingüísticos y jurídicos se empleen en un sentido unívoco[50].

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en gran medida, de la ideología de género que considera que la familia es una institución de origen social y no una institución natural. De este modo, se reducen las relaciones intra– familiares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial u ontológica. Consecuentemente, se reduce a la familia a una estructura compuesta por relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de un rol, con independencia del sexo de las personas. Y, al no reconocer una dinámica intrínseca –natural– sino solo un valor funcional o instrumental, los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las mutuas esferas de libertad[51]. De este modo, el Derecho deja de convertirse en un sistema de paz para limitarse a yuxtaponer, lo que acertadamente se ha calificado como "cuotas de arbitrariedad toleradas"[52]. El resultado es reducir la comunidad familiar a una especie de "mecano", en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia[53].

En este tipo de relaciones se sustituye a la ética por las leyes en ámbitos que estaban reservados para la intimidad del amor familiar. Esto es más patente en las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a las primeras, las posibilidades de construcción y la hegemonía del Derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes[54]. El hijo se

(50) El matrimonio es una institución multisecular, común a todas las culturas, que consiste en la unión de hombre y mujer, concertada mediante determinados ritos o formalidades legales (Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua), ordenada a la mutua complementariedad y a la conservación de la especie humana. En la historia de las civilizaciones no existe la figura del "matrimonio" entre personas del mismo sexo, porque esta unión no puede equiparase a la heterosexual: ni por el modo ni por las consecuencias al no existir la complementariedad física, psíquica y afectiva que hay entre varón y mujer.

(51) Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Reivindicación europea de la familia. Una interpretación". En: *Iustitia* LXXII, N° 3-4 (1994): 261-279.

(52) OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

(53) Con autorizada experiencia se ha escrito: "Así como sin amor la familia no es una comunidad de personas, así también sin el amor la familia no puede vivir, crecer y perfeccionarse como comunidad de personas". JUAN PABLO II. *Familiaris consortio* (Ciudad del Vaticano, 1982). nn. 17-21. Entendemos por amor una voluntad que supera la mera atracción física o el deseo psicológico: "es la tendencia racional que busca un verdadero bien, un bien que responda a la naturaleza profunda del que actúa y. En: definitiva, al ser de las cosas". LLANO CIFUENTES, Alejandro. "Universidad, Verdad y Libertad" en *Forum UNIV 2004*, ed. Instituto per la Cooperazione Universitaria (Publicada en: forumuniv.org, 2004).

(54) Es un derecho de los padres decidir el número de hijos y el tiempo de su concepción, pero no son derechos absolutos, pues si engendran un hijo en fecha no deseada no tienen derecho a quitarle la vida.

convierte en un bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el Derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden ser "derecho de otro" por las técnicas de fecundación artificial: el hombre se convierte en un "producto" sometido a las reglas del más fuerte. De este modo se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas[55].

Estas reflexiones no interesan solo a la Filosofía del Derecho porque del concepto de familia que se adopte, lo hemos afirmado anteriormente, se siguen consecuencias prácticas también para el Derecho del Trabajo como puede apreciarse en la jurisprudencia desde hace más de una década[56]. Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales, de conformidad con el modo de ser y de obrar que observamos en la naturaleza, es una forma de proteger a la familia, de modo similar a como la bonificación del cien por ciento para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad, es un modo de proteger la maternidad y de disminuir la carga social del empresario.

3. La ruta hacia la igualdad de oportunidades: un esfuerzo internacional

Nuestra ruta hacia la igualdad de oportunidades no es una iniciativa local. Existen diversos instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo[57], y una prohibición de discriminación contra la mujer en el derecho internacional público, que son normas imperativas *(ius cogens)* que no admiten disposición en contrario, de acuerdo al artículo 53° de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Así puede deducirse de los principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por

(55) "Hoy se reconoce que la familia no es solo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...) base insustituible para una organización estable y eficaz". PÉREZ SERRANO, N. (1984) Tratado de Derecho Político, 2ª ed., Civitas, Madrid, citado por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ. "La familia en la Constitución española". 12, nota 13.

(56) En España las controversias por la extensión de los beneficios reconocidos en la ley y los convenios colectivos en virtud del matrimonio, a las uniones de hecho son numerosas. Cito como ejemplo STSJ Madrid 25 marzo 1998 (AS 1998, 806), que rechaza el permiso por matrimonio a quienes acrediten una unión de hecho. También la negativa a conceder los permisos por enfermedad de parientes por afinidad a las parejas de hecho porque la afinidad presupone el matrimonio Cfr. SSTS 18 febrero y 27 mayo 1998 (RJ 1998, 2209 y 4932), entre otras.

(57) La Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), los Convenios y Recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio sobre protección de la maternidad (2000), en el que se revisaron los dos Convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Son también especialmente relevantes las Resoluciones adoptadas por este organismo en los años 1975, 1985 y 1991, y, en particular, la de junio de 2004 referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU[58]. Y que han sido recogidos por la Ley 28983 sobre la igualdad de oportunidades.

Son especialmente relevantes la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales. El artículo 1° de la CEDM define la discriminación contra la mujer en tales términos[59], que de ellos puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, permite concluir que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que es titular.

4. La no discriminación y la igualdad de oportunidades: algunas conclusiones

Hemos afirmado que la obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su

(58) Cfr. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Además, en su art. 1° se proclama el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 2° reconoce los derechos y libertades de toda persona "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". A mayor abundamiento, el art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 2°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 2°.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 3° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(59) "La expresión 'discriminación contra la mujer' comprende 'toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera'. Esta Convención fue ratificada por el Perú el 13.IX.1982, por tanto, de acuerdo al art. 55 de la Constitución, su contenido forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico y se debe aplicar aunque la legislación peruana no regule las mismas materias, porque las normas internacionales son "válidas y vinculantes dentro de nuestro Ordenamiento jurídico nacional'" (Cfr. sentencia del TC recaída en el Exp. 0008-2005-PI/TC, f. j. 50).

interpretación o aplicación[60]. Ahora precisamos que también son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos; y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, "el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada"[61].

En definitiva, la correcta aplicación del Derecho exige **dar a cada quien lo que le corresponde**. Por tanto, no equivale a **uniformizar** sino **a discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad**[62]. De allí que la igualdad –exigida por la justicia– imponga tratar "igual a los iguales" y "desigual a los desiguales". En consecuencia, "si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo"[63].

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de este. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Solo cuando se acepte –en la práctica– que "la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser **su correspondencia perfecta**" y que "la mujer es otro tipo de "yo" en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer"[64] la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el "genio femenino", que se ha sintetizado como "la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida"[65], que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo

(60) Cfr. Apartado 1 ut supra.
(61) Exp. N° 05652-2007-PA/TC, f. j. 19.
(62) "Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero **proporcional**, esta es la clave– en lo que son diferentes". HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios,* Pamplona y Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 1984, p. 46.
(63) PACHECO ZERGA, Luz, "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano". *Gaceta Jurídica,* N° 120, 2003, p. 19.
(64) JUAN PABLO II, *Compromiso por la promoción de la mujer* (30.I.12).
(65) Ídem.

fundamental y equidad en la diversidad: esta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo. La protección a la mujer trabajadora es ahora a la madre y al padre trabajadores, que son cotitulares de los derechos-deberes que trae consigo la formación de una familia.

La valoración del trabajo femenino fuera del hogar está íntimamente relacionada con la mejor comprensión de la función **humanizadora** del trabajo. Este, cuando es realizado en condiciones de dignidad, permite comprender el sentido del mundo y de la propia existencia. Al cumplir adecuadamente con el derecho-deber de trabajar se fraguan personalidades maduras, solidarias, capaces de lograr un desarrollo sostenible a largo plazo.

Del concepto jurídico de familia se siguen consecuencias vitales para la formación ética de los ciudadanos. En algunos países ha devenido en un término equívoco, pero en la mayoría, existe una relación directa entre matrimonio y familia, que son reconocidos como institutos naturales. En consecuencia, sus propiedades y fines, así como el conjunto de derechos y deberes que originan no son concesiones legislativas sino exigencias de justicia fundadas en la misma naturaleza humana, que ningún Estado puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente.

La reducción del matrimonio y la familia a roles sociales con independencia del sexo sustituye la función natural de acogimiento incondicional y educación de los hijos en los vínculos de amor y amistad, por fines instrumentales según los intereses subjetivos y convierte al hijo en un bien útil, asemejándolo a las cosas. Se aprecia, en esos casos, un retroceso cultural, que sitúa a una sociedad en las categorías precristianas de esclavos (cosas) y patronos. De este modo se altera sustancialmente la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas. Urge, por tanto, entablar un diálogo académico sobre estas cuestiones sin presiones ideológicas que distorsionen la verdadera naturaleza de las instituciones jurídicas esenciales para la paz y el desarrollo social.

Existe un movimiento jurídico internacional promovido por organismos e instituciones supranacionales, que han logrado comprometer a los Estados en la tarea de conseguir la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, que comprende tanto el acceso al empleo como su permanencia. La igualdad de oportunidades no equivale a convertir una sociedad sexuada en una asexuada. La diferencia varón-mujer no es social sino ontológica. Y esta diversidad del modo de ser y de obrar se orienta a la mutua complementariedad en la vida familiar, social y laboral. De allí que la titularidad de los derechos laborales en orden a cumplir con las obligaciones familiares debe tener en cuenta las competencias específicas e insustituibles de cada sexo. No se trata de uniformizar sino de discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad. En consecuencia, al cumplir la mujer la función natural propia de la maternidad, que exigen la guardia y custodia de la vida, le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo distintos a los del

varón. Por lo tanto, los Ordenamientos jurídicos deben reflejar estas diferencias naturales para poder lograr un trato justo.

La discriminación contra la mujer en los instrumentos internacionales prohíbe tanto las diferencias de trato intencionadas como las no intencionadas. Son normas imperativas que, de acuerdo al Derecho Internacional, no admiten disposición en contrario. Así se deduce de los principios generales contenidos en la costumbre y en los tratados y en la jurisprudencia internacional. De allí que el Derecho del Trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embarazada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. En nuestro país es un tema pendiente.

El esfuerzo internacional de protección a la mujer y, en definitiva, a la familia requiere de la acción conjunta del Estado y los particulares para que la regulación jurídica del trabajo permita armonizar adecuadamente las responsabilidades profesionales con las familiares, tanto del varón como de la mujer. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: esta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo. La ruta está trazada: nos corresponde transitarla.

Finalmente, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer, el Estado está obligado a adoptar "medidas de acción positiva de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre la mujer y el hombre, las que no se considerarán discriminatorias"[66]. Esta facultad de "discriminación inversa" debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos como sería el sexo. Por eso, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia solo por razones históricas, sin tener en cuenta la calificación de la candidata. Cuestión distinta es, si en igualdad de méritos entre varones y mujeres, se prefiere a estas últimas a fin de corregir la discriminación histórica. Lo contrario –elegir a una mujer solo por el hecho de serlo, aun cuando tenga menor preparación o méritos que un varón– crea una nueva discriminación injusta, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones de equidad es factible lograr la justicia y con ella el desarrollo y la paz social.

Nos corresponde conocer y velar cada uno desde su lugar de trabajo, para que los planes de igualdad de género que han empezado este quinquenio no desvirtúen los valores constitucionales que identifican a la nación peruana.

Lima, 15 de setiembre de 2012

(66) Ley 28983, art. 4.2.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel. "Derecho del honor y despido." *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas* 2001, 279-284.

  "El trabajo de la mujer en el Derecho Español" *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 72 (1995): 165-176.

- ALVIRA DOMÍNGUEZ, Rafael. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. Pamplona, EUNSA, 1998.

- BURGGRAF, Jutta. *La ideología postfeminista de género* almudi.org, 23.V. 2007 [14. IX. 2012]. disponible en: <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/Default.aspx>.

- BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia*. Traducido por Antonio Esquivias. Madrid: Palabra, 1999.

- CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer.* Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1997.

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9ª ed. II vols. Vol. II. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.

- d'ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo. Cuadernos*. Madrid: Civitas, 1995.

- DONATI, Pierpaolo. "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei". *Romana* Estudios 1985-1996 (1996): 317-332.

  Manual de sociología de la familia. Traducido por Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis. Editado por Instituto de Ciencias para la Familia. Pamplona: EUNSA, 2003.

- ENNECCERUS, Ludwig / KIPP, Theodor/ WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. 2ª castellana y 20ª alemana ed. V vols. Vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)*. Barcelona: Bosch, 1979.

- ESCRIVÁ DE BALAGUER, Jose María, *Camino* (1ª (1939)) (Rialp, 26.I 2011). ubicable en: <http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm>.

- FORNÉS, Juan. "Matrimonio y uniones de hecho". *Ius Canonicum* XL, N° 80 (2001): 395-411.

- GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. Pamplona: EUNSA, 1996.

- HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. 4ª ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1998.

- HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 1984.

- JUAN PABLO II. *Compromiso por la promoción de la mujer* vatican.va, 15.IX12 1999 [30.I. 2012]. Disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html>.

  Familiaris consortio. Ciudad del Vaticano, 1982.

  Laborem excercens. Castelgandolfo: vatican.va, 1981.

- LLANO CIFUENTES, Alejandro. "Universidad, Verdad y Libertad". en: *Forum UNIV 2004*, editado por Instituto per la Cooperazione Universitaria. Publicada en: forumuniv.org, 2004.

- MANUELA RAMOS. *Ley de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres* Movimiento Manuela Ramos, 2008 [14.IX 2012]. disponible en: <http://www.manuela.org.pe/wp-content/uploads/2007/06/57214506-Ley-de-Igualdad-de-Oportunidades-entre-mujeres-y-hombres.pdf>.

- MARÍAS, Julián. *La mujer en el siglo XX*. 4ª ed, *Humanidades*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.

- MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*. Murcia: Laborum, 2001.

- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. "La familia en la Constitución española." *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58 (2000): 11-43.

- OLLERO, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- PACHECO ZERGA, Luz. "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano." *Gaceta Jurídica*, N° 120 (2003): 13-26.

- RODRÍGUEZ, Pedro. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relacion entre naturaleza y cultura". *Scripta Theologica* XXXIII, N° 1 (2001): 161-182.

- SANCIÑENA, Camino. "La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales". *JuS Doctrina & Práctica*, N° 4 (2008): 165-181.

- SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Reivindicación europea de la familia. Una interpretación". *Iustitia* LXXII, N° 3-4 (1994): 261-279.

- VILADRICH, Pedro- Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinar para la Familia (DIF)*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1984.

- ZUBIRI, Xavier. *Sobre el hombre*. Madrid: Alianza editorial, 1986.



SEGUNDO TEMA

RELACIONES SINDICALES



PONENCIAS OFICIALES

LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL

Sergio QUIÑONES INFANTE

Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona.
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho del Trabajo en la misma casa de estudios y Asesor de la Dirección General de Derechos Fundamentales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

El conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad industrial y, por ello, a las relaciones laborales. Los conflictos de intereses son inevitables en todas las sociedades.(1)

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Conflicto social y conflicto laboral: definiciones y características. **1.** Definiciones. **1.1.** El conflicto social. **1.2.** El conflicto laboral. **2.** Características de los conflictos. **III.** Perspectiva actual: funcionalidad de las organizaciones sindicales y el marco regulador. **1.** Funciones típicamente atribuidas. **2.** Marco normativo vigente. **IV.** Retos y oportunidades: los sindicatos como actores relevantes para la prevención y gestión de los conflictos sociales. **V.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El rol que las organizaciones sindicales cumplen en el conflicto laboral ha sido una materia ampliamente analizada y estudiada desde el Derecho del Trabajo e, incluso, desde disciplinas afines como la sociología y la economía. El ejercicio de la representación de los trabajadores y la defensa de sus intereses profesionales

(1) Tomado de KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1987, p. 65.

y económicos son reconocidos como dos de las principales funciones que asumen los sindicatos en el marco de una negociación colectiva, entendida esta como el cauce legal a través del cual se canaliza el conflicto de intereses inherente entre empleadores y trabajadores con el objeto de alcanzar un acuerdo (convenio colectivo).

Sin embargo, ¿qué sucede cuando el conflicto excede el ámbito laboral y escala a lo social? ¿Cuál es –o debería ser– el rol de las organizaciones sindicales en los conflictos sociales que contraponen los intereses de una determinada empresa y de la comunidad en la que aquella ejecuta su actividad? ¿Prevé el marco normativo vigente herramientas o reglas que doten a los sindicatos de una cierta funcionalidad en la prevención y gestión de los conflictos sociales en nuestro país? ¿Cómo entienden las organizaciones sindicales y sus dirigencias la conflictividad social y, sobre todo, el papel que ocupan en ella?

Ciertamente, la resolución de las preguntas aquí formuladas supone un trabajo de investigación y de campo cuya amplitud y demanda de tiempo exceden los requeridos para el presente ensayo. No obstante ello, nos proponemos sentar las bases conceptuales para una futura investigación que profundice en los aspectos antes señalados; de allí que, en las páginas que siguen, describiremos las principales nociones y características aplicables al conflicto social y laboral en el Perú; asimismo, analizaremos el rol y las funciones que típicamente se han atribuido a los sindicatos –a nivel de doctrina y normativa–; y, finalmente, ensayaremos algunas propuestas relativas a los retos y oportunidades que supondría dinamizar y fortalecer la participación de los sindicatos como actores relevantes en los procesos de diálogo para la prevención y gestión de los conflictos sociales.

II. CONFLICTO SOCIAL Y CONFLICTO LABORAL: DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS

La última década en nuestro país ha estado marcada por el sostenido crecimiento macroeconómico, pero también por la continuidad de un marco político de respeto a la institucionalidad democrática y a las libertades públicas.

Paradójicamente, es en este tipo de escenario en que los conflictos –como expresión de una contraposición de intereses y aspiraciones entre los diversos actores sociales– se hacen explícitos y se materializan, pues como acertadamente ha sido señalado, "en las dictaduras, los conflictos no se resuelven o transforman, se aplacan"(2).

Efectivamente, a partir del significativo crecimiento económico no solo se incrementan las expectativas de la población de participar en los beneficios de dicho crecimiento, sino también la preocupación porque la inversión privada y pública

(2) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Violencia en los conflictos sociales. Informe Defensorial* Nº 156. Lima, 2012. p. 13.

que impulsa ese crecimiento sea respetuosa de los recursos naturales, los derechos laborales o las identidades culturales; expectativas y preocupaciones que la población expresará libremente a través de acciones colectivas de protesta, pues –precisamente– estas manifestaciones son propias de cualquier sistema democrático(3).

Dicho esto, en los apartados siguientes vamos a revisar las principales definiciones que se han postulado desde las instituciones estatales competentes para conceptualizar el conflicto social y el conflicto laboral, luego de lo cual identificaremos algunas de sus características más resaltantes.

1. Definiciones

1.1. El conflicto social

Las dos principales instituciones del Estado encargadas de monitorear y gestionar los conflictos sociales son la Defensoría del Pueblo y la Presidencia del Consejo de Ministros, esta última a través de la flamante Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, que a partir del mes de julio del año en curso ha reemplazado a la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales.

Sobre la base de la literatura especializada que hemos revisado, podemos afirmar que en cada institución existen sendas maneras de aproximarse a la problemática del conflicto social, evidenciándose que para la Defensoría del Pueblo (en adelante, "DP") prima una preocupación por atender la potencial vulneración de los derechos ciudadanos –en clara concordancia con su mandato constitucional–, mientras que la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, "PCM") centra su preocupación en el mantenimiento de la gobernabilidad democrática.

Ciertamente, como señala la propia institución(4), la DP es un órgano constitucional autónomo creado a partir de la Carta Magna de 1993 con el mandato de defender los derechos constitucionales y fundamentales de los ciudadanos y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal. Desde esa perspectiva, los conflictos sociales son temas que requieren ser abordados en tanto existen derechos fundamentales en juego por la posible ocurrencia de acciones violentas o afectaciones a la institucionalidad democrática, de allí que surja la necesidad de desarrollar una cultura de diálogo que respete la ley y busque la paz.

En esa misma línea, la DP precisa que, aun cuando la posibilidad del conflicto es inherente a la vida social y los actores de un conflicto pueden ser diversos, en todos los casos el Estado se ve involucrado, ya sea porque su propia actuación es cuestionada o, sobre todo, porque el artículo 44 de la Constitución Política del

(3) Loc. Cit.
(4) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ante todo, el diálogo. *Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos*. Lima, 2005. pp. 9-12.

Perú le asigna la función de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En este marco, el trabajo de la DP referido a los conflictos sociales se inició y se ha guiado bajo las siguientes premisas[5]:

a) Los conflictos sociales ponen en riesgo los derechos fundamentales, tanto los contenidos en las propias demandas sociales como los que puede verse afectados por la gestión inadecuada del conflicto.

b) Los conflictos sociales pueden afectar la gobernabilidad democrática, en la medida que toda demanda social supone la activación de competencias estatales de atención y resolución; así, la autoridad que no cumple con este deber pierde progresivamente legitimidad y ello afecta el prestigio del sistema democrático en general.

c) Los conflictos sociales –particularmente los que derivan en violencia– merman las posibilidades de desarrollo (v. gr.: los bloqueos de carreteras dificultan o impiden la prestación de servicios en el transporte o en el abastecimiento, pero también generan imágenes de inestabilidad política o convulsión social que pueden influir en las inversiones).

d) Los conflictos sociales que derivan en violencia desincentivan el afianzamiento de una cultura de diálogo y paz.

Ahora bien, centrando nuestro análisis en la propia definición de conflicto social que la DP utiliza, cabe citar la siguiente: "el conflicto social es un proceso complejo en el que grupos sociales, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores, creencias son incompatibles o contradictorios, y esa contradicción puede derivar en violencia"[6].

En ella se puede identificar como primer elemento[7] la noción de "proceso", que alude a una sucesión de actos interrelacionados y sincrónicos, aunque no necesariamente lineales. En el espacio y tiempo en que se produce el conflicto inciden diversos actores, problemas y contextos, entre los que pueden encontrarse relevantes nexos causales. Precisamente, la multiplicidad de actores, causas, formas culturales y expresiones de poder configuran la "complejidad" del conflicto social como el segundo de sus elementos diferenciadores.

(5) Ibídem, pp. 14-15.
(6) Ibídem, p. 25
(7) La identificación y caracterización de los elementos que configuran la definición del conflicto social que maneja la DP han sido tomados de: Ibídem, pp. 25-27.

La "percepción" es el tercer elemento en la definición de conflicto social, y se refiere a la forma como los actores se aproximan preliminarmente a la realidad del conflicto, aproximación que podrá corresponder –en mayor o menor medida– con dicha realidad; por ello, el proceso de diálogo servirá para que las diversas percepciones confluyan lo más cercano a la realidad, y sobre ella construyan acuerdos.

El cuarto y central elemento de la definición lo conforman los intereses, objetivos o valores que se contraponen en el conflicto social. Como fue indicado al iniciar el presente apartado, las desigualdades y exclusiones que persisten en el contexto de crecimiento económico que vive el país, así como la potencial afectación a los recursos naturales, identidades culturales o derechos laborales, suelen generar con mayor frecuencia intereses contrapuestos que se exponen en el espacio público.

En quinto lugar, es importante señalar que la violencia no es un componente esencial de la noción de conflicto social, pero la posibilidad de que este derive en aquella sí lo es. De hecho, puede haber conflictos sin violencia porque los actores no incurren en agresión física, moral o simbólica; sin embargo, el recurso a la violencia –ciertamente proscrito por la ley– es una posibilidad a la que las partes suelen acudir para reclamar y presionar.

Por último, la DP incluye en la definición de conflicto social la noción de "espacio público", en la medida que lo público comprende el propio objeto de la contraposición de intereses (v. gr.: leyes, gobierno, cultura), y que las acciones colectivas se desarrollan en sentido estricto en el espacio público (v. gr.: plazas, calles, carreteras).

Para concluir con la revisión de los insumos que nos proporciona la DP, mostramos en el cuadro siguiente la tipología de conflicto social que ha sido diseñada por esta institución, y que luego nos dará un marco de referencia para ubicar al conflicto laboral en particular:

CUADRO N° 1

TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS SOCIALES SEGÚN LA DP

Tipo	Definición
1. Asuntos de gobierno nacional	Su dinámica gira en torno a la gestión pública del gobierno central. Excepto que se trate de un tipo específico de conflicto.
2. Asuntos de gobierno regional	Su dinámica gira en torno a la gestión pública de los gobiernos regionales. Excepto que se trate de un tipo específico de conflicto.
3. Asuntos de gobierno local	Su dinámica gira en torno a la gestión de los municipios provinciales y distritales. Excepto que se trate de un tipo específico de conflicto.
4. Socioambientales	Su dinámica gira en torno al control, uso y/o acceso al ambiente y sus recursos. Están presentes, además, elementos sociales, políticos, económicos o culturales.

5. Comunales	Su dinámica gira en torno al acceso a recursos naturales, propiedad y límites territoriales entre comunidades.
6. Laborales	Su dinámica gira en torno a cuestiones laborales.
7. Electorales	Su dinámica gira en torno a algún aspecto del proceso electoral.
8. Demarcación territorial	Su dinámica gira en torno a la delimitación de una circunscripción político-administrativa (distrito, provincia o departamento).
9. Cultivo ilegal de coca	Su dinámica gira en torno a la siembra ilegal de coca y las acciones del Estado.
10. Otros conflictos	Aquellos casos que no han sido contemplados, pero que son definidos como conflictos (reclamos estudiantiles, universitarios, etc.).

Fuente: Defensoria del Pueblo, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales.

De otro lado, la PCM cuenta con un conjunto de lineamientos y estrategias para la gestión de conflictos sociales que ha sido aprobado mediante Resolución Ministerial N° 161-2011-PCM.

En atención a dicho marco normativo, el conflicto social es definido como un proceso social dinámico en el que dos o más partes interdependientes perciben que sus intereses se contraponen (v. gr.: metas incompatibles, escasez de recursos), adoptando acciones que pueden constituir una amenaza a la gobernabilidad y el orden público.

Aunque bastante más escueta que la utilizada por la DP, y ciertamente enfocada en su preocupación por el mantenimiento de la gobernabilidad y el orden público, esta definición se puede complementar con un estudio realizado por encargo de la propia PCM[8] en el que se identifican cuando menos los siguientes elementos en la definición del conflicto social:

a) Un tema (o varios) de controversia en el que dos o más intereses se contraponen.

b) La acción colectiva de un grupo de ciudadanos a través de la cual se materializa el conflicto, no solo frente al Estado o actores privados, sino también dentro y entre las propias comunidades.

c) La acción del Estado como centro de disputa, ya sea porque su propia actuación es cuestionada o porque se le pide atención a demandas insatisfechas.

(8) PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Mapa de la conflictividad social en el Perú: Análisis de sus principales causas*. Programa de Apoyo para una Cultura de Paz y el fortalecimiento de capacidades nacionales para la prevención y el manejo constructivo de conflictos, Lima, 2011. pp. 17-20.

Con relación a este último punto, es importante resaltar que hay conflictos que oponen a la población y distintas instancias del Estado, conflictos que oponen sectores y niveles del propio Estado; y conflictos entre comunidades y actores privados y entre comunidades, donde se demanda que el Estado cumpla un rol dirimente o garante de derechos[9].

A partir de dicha definición, la PCM plantea una tipología del conflicto que tiene por objeto precisar las características que lo definen, a efectos de facilitar la sistematización de información sobre la base a los siguientes dos criterios: las demandas que lo originan y el nivel de competencia institucional en la que se gestiona el conflicto social.

CUADRO N° 2

TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS SOCIALES SEGÚN LA PCM

Tipo	Definición
1. Ambientales	Son aquellos que se producen por la oposición de pobladores, a la ejecución de proyectos, debido a la afectación o percepción de un nivel de afectación de su ambiente. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflicto son: (i) riesgos de contaminación de cuencas y afectación de tierras; (ii) contaminación ambiental y pasivos ambientales; contaminación por vertimientos de desechos tóxicos en cuencas y tierras; y contaminación por actividades de la minería artesanal e informal.
2. Minero, Energético e Industriales	Son aquellos conflictos sociales que se generan en torno a las actividades industriales, mineras, energéticas que produzcan la afectación o la percepción de afectación no relacionadas al ambiente: (i) la consulta previa e informada sobre las concesiones mineras y energéticas; (ii) los procedimientos de elaboración y aprobación de los estudios de impacto ambiental (EIA); (iii) incumplimiento de acuerdos y compromisos, como el empleo a comuneros en empresas mineras, pagos de servidumbres y valorización de tierras, o la administración de fondos sociales y aportes de empresas mineras.
3. Hídricos	Se generan por posiciones contrapuestas en torno al uso y/o distribución del agua. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflicto son: (i) uso de agua para proyectos de centrales hidroeléctricas; (ii) uso de agua para proyectos de riego: construcción de represas para la actividad agrícola o administración de los proyectos de irrigación.
4. Infraestructura	Son aquellos conflictos que se generan por posiciones contrapuestas en torno a los proyectos de infraestructura física. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflicto son: (i) concesiones de empresas de servicio público y de infraestructura; (ii) construcción de infraestructura vial y de servicios básicos; (iii) reconstrucción o desplazamiento de pueblos afectados por desastres.
5. Gestión de Bienes y Recursos Públicos	Se generan por posiciones contrapuestas en torno a la acción u omisión en la administración y gestión de los recursos y bienes públicos. Estos conflictos se promueven contra las políticas públicas del Estado motivados básicamente por la exigencia de mayor presupuesto y por mayor capacidad de decisión. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflictos son: (i) presupuesto público; (ii) administración de recursos financieros públicos; (iii) uso indebido de bienes y recursos públicos.

(9) Ibídem, pp. 17-18.

6. Agropecuarios	Se generan por posiciones contrapuestas en torno a las actividades agropecuarias y/o industriales. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflicto son: (i) precios y subsidios a fertilizantes y compras estatales; (ii) controversias societarias en la agroindustria; (iii) cultivo de hoja de coca: compra estatal de hoja de coca y cultivos alternativos.
7. Laborales	Son aquellos conflictos que se generan por posiciones contrapuestas entre el empleador y trabajador entorno a los derechos y relaciones laborales de la actividad privada o pública. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflicto son: (i) condiciones laborales de los trabajadores y pensionistas; y, (ii) acceso al derecho de sindicalización.
8. Territorial	Los conflictos por demarcación territorial se presentan por posiciones contrapuestas en torno a la delimitación y/o propiedad de un espacio territorial. Las manifestaciones más frecuentes en este tipo de conflictos sociales son: (i) linderos comunales, distritales y provinciales; (ii) ocupación de territorios.

Fuente: Resolución Ministerial Nº 161-2011-PCM, "Aprueba Lineamientos y Estrategias para la Gestión de Conflictos Sociales".

Al comparar las tipologías formuladas tanto por la DP como por la PCM saltan a la vista un par de conclusiones interesantes. En primer lugar, vemos que aun cuando la definición de conflicto social de la PCM está menos desarrollada, la tipología y, sobre todo, la descripción de cada tipo de conflicto es bastante detallada y explícita en ejemplos y casuística; mientras que en el caso de la DP sucede lo contrario, una definición amplia y detallada pero una tipología bastante más limitada en sus descripciones.

Un segundo tema que llama la atención está referido al conflicto laboral, y en particular a constatar, de un lado, que desde la visión del Estado el conflicto laboral es claramente un conflicto social; y, del otro, que las definiciones de conflicto laboral utilizadas parecen insuficientes, por lo que cabe complementarlas con la doctrina y normativa específica laboral a efectos de logar una mejor comprensión del fenómeno.

1.2. El conflicto laboral

Como fue señalado en la introducción del presente ensayo, el conflicto laboral y el rol que los sindicatos juegan en él ha sido una materia ampliamente analizada y estudiada desde el Derecho del Trabajo y disciplinas afines como la sociología y la economía.

En tal sentido, en este aparatado nos interesa hacer unas breves referencias que coadyuven a fortalecer ese vínculo entre el conflicto laboral y el conflicto social que ya viene poniéndose en evidencia desde los marcos conceptuales que la DP y la PCM han formulado en sus respetivos instrumentos.

Paul Edwards nos recuerda que lo esencial al hablar de regulación del trabajo está "en ver cómo se han desarrollado las instituciones para organizar y expresar el conflicto. Esta formulación es diferente a la anticuada distinción entre la causa del

conflicto y su contenido (...) Un enfoque más novedoso reflexiona sobre cómo las instituciones regulan el conflicto, en el sentido de modelar su expresión así como manejarla una vez que ha estallado"[10].

En esa línea, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante "MTPE") define los conflictos laborales como "aquellos conflictos de interés sobre un determinado bien jurídico o [que aparecen] cuando se produce incertidumbre jurídica en torno al reconocimiento o vigencia de un derecho [de naturaleza laboral]"[11].

Esta definición coincide con algunas de las más extendidas en la doctrina comparada. En efecto, Emilio Morgado, por ejemplo, señala que "son conflictos de trabajo las discrepancias y controversias acerca de la aplicación o interpretación de un derecho laboral preestablecido en una norma legal o convencional, la costumbre, sentencia judicial o laudo arbitral, o acerca del establecimiento, revisión, modificación o extinción de una norma"[12].

Asimismo, Jorge Rosenbaum reconoce que "siendo el conflicto colectivo de intereses un fenómeno inevitable que puede provocar grandes perjuicios y que está implícito en toda sociedad pluralista, (...) más allá de las diferentes concepciones ideológicas y estratégicas que los actores sociales pueden asumir frente al conflicto globalmente considerado, existe una base mínima de coincidencias en cuanto a la importancia de buscar una solución al conflicto entre trabajadores y empleadores para el logro de la paz social"[13].

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT") se refiere –de manera más amplia y flexible– a una situación de desacuerdo referente a una cuestión o un conjunto de cuestiones con relación a las que existe una discrepancia entre trabajadores y empleadores, o respecto a las que se expresa una reivindicación o queja, o se brinda apoyo a las reivindicaciones o quejas de otros trabajadores o empleadores[14].

(10) EDWARDS, Paul. "El conflicto laboral: temas y debates en la investigación reciente". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales Nº 3*. Editorial Complutense, Madrid, 1993. p. 153.

(11) En: "Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados 'extraprocesos', la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional", aprobada por Resolución Ministerial Nº 076-2012-TR.

(12) MORGADO, Emilio. *Los conflictos de trabajo y sus métodos de solución en Iberoamérica*. En: *Debate Laboral*, Año I, N° 1, San José de Costa Rica, 1988. p. 89.

(13) ROSENBAUM, Jorge. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. OIT, Lima, 2001. p. 96.

(14) OIT. "Resolución sobre las estadísticas de huelgas, cierres patronales y otras acciones causadas por conflictos laborales". Adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo, Enero de 1993. En: *Recomendaciones Internacionales de Actualidad en Estadísticas del Trabajo*, Edición 2000, Ginebra, pp. 86-92.

En este punto es de destacar que el MTPE, a través de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral, ha elaborado un proyecto de "Política Nacional de Prevención y Gestión de Conflictos Sociolaborales"[15] con el objeto de permitir a los distintos niveles de Gobierno gestionar oportuna y eficientemente los conflictos laborales desde su estado de latencia, en coordinación con las entidades del Estado vinculadas al tratamiento de los conflictos sociales (v. gr.: la DP y la PCM). De este modo, se estaría buscando desarrollar sinergias para promover a nivel nacional, regional y local, estrategias de acción para hacer frente a los conflictos de naturaleza laboral individuales y colectivos.

En esta propuesta de política nacional se define el conflicto laboral como aquellas acciones colectivas emprendidas para expresar el descontento o reivindicación de unas de las partes de una relación laboral que se considera en desventaja o afectada por la otra.

Desde esta perspectiva, el surgimiento de un conflicto laboral podría manifestarse de múltiples formas, como podría ser la negativa de una de las partes para iniciar una negociación colectiva o el incumplimiento de los acuerdos colectivos; situaciones que pueden derivar en la implementación de medidas de fuerza (v. gr.: paralización de labores o movilizaciones) que apuntan a presionar a la contraparte para la aceptación o negociación de sus planteamientos. Esta definición buscaría superar el carácter restrictivo del concepto de conflicto laboral, entendido como su manifestación más visible: la huelga.

En definitiva, nos parece que en la misma línea de instituciones como la DP y la PCM, les referencias que hemos recogido en este apartado evidencian una cada vez más clara conexión entre el conflicto laboral y el conflicto social –siendo que el primero es una manifestación del segundo–, aunque es también cierto que esa conexión parecería estar configurada por un marco normativo (y valorativo) que atribuye a las organizaciones de trabajadores y empleadores unas ciertas funciones y roles que les brindan márgenes de actuación más o menos amplios según el ordenamiento que se trate.

2. Características de los conflictos

El reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, correspondiente al mes de julio de 2012[16], da cuenta de un total de 243 casos identificados,

(15) MTPE. Proyecto de *Política Nacional de Prevención y Gestión de Conflictos Sociolaborales*. Junio de 2012.

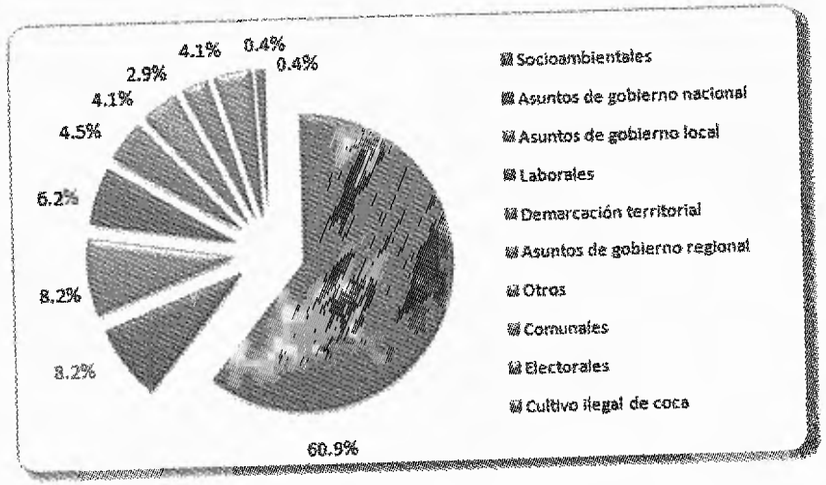
(16) En: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-101-Julio-12.pdf>.

de los cuales 168 son conflictos activos (69,1%) y 75 son conflictos latentes (30,9%). La mayor cantidad de conflictos sociales se ubica en las regiones de Ancash (31 casos) y Puno (22 casos); le siguen las regiones de Cusco (16 casos), Lima provincias (15 casos), Apurímac (15 casos), Cajamarca (14 casos) y Piura (14 casos).

Según la tipología de los conflictos sociales, podemos apreciar (Gráfico N° 1) que la abrumadora mayoría de ellos (60,9%) se tratan de conflictos socioambientales, le siguen los conflictos por asuntos de Gobierno Nacional y por asuntos de Gobierno Local (8,2% en cada caso), y los conflictos laborales (6,2%).

GRÁFICO N° 1

INCIDENCIA DE CONFLICTOS SOCIALES SEGÚN TIPO



Fuente: Defensoría del Pueblo. Reporte de Conflictos Sociales N° 101.

Por su parte, el MTPE da cuenta también de la incidencia a nivel nacional de los conflictos laborales, según el registro (o tratamiento) que lleva a cabo la Dirección General de Trabajo:

CUADRO Nº 3		
[illegible] CAUSA DE LOS CONFLICTOS LABORALES [illegible] 2011		
Causa/Motivo (General)	Causa/Motivo (Específico)	(%) 2011
A. Negociación colectiva	A1- No resolución de pliego de reclamos	53.5
	A2- Incumplimiento de convenios	3.5
B. Incumplimiento de normas legales y/o convencionales	B1- Registro de trabajadores en planilla	0.0
	B2- Pago de remuneraciones, asignaciones y/o gratificaciones	9.3
	B3- Depósitos de la CTS	0.0
	B4- Distribución de utilidades	2.3
	B5- Libertad sindical	4.7
	B6- Seguro complementario de riesgo	0.0
	B7- Incumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo	1.2
	B8- Aumento de remuneraciones	0.0
	B9- Jornada atípica de trabajo	1.2
C. Despido o amenaza de despido	C1- Despido arbitrario	2.3
	C2- Actos de hostilidad-maltrato	12.8
	C3- Cese colectivo	0.0
D. No laborales	D1- Reclamos a gestión de directorio	0.0
E. Otros	E- Otros	9.3

Fuente: MTPE. Elaborado por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral.

A partir de la data mostrada, podemos señalar que, dejando de lado los conflictos socioambientales (que le llevan más de 50 puntos porcentuales de diferencia al resto de conflictos), los conflictos laborales se ubican dentro del grupo de los tres tipos de conflictos más frecuentes en el país; y de aquellos, el 57% se origina en temas relativos a la negociación colectiva (no resolución del pliego de reclamos o incumplimiento del convenio).

III. PERSPECTIVA ACTUAL: FUNCIONALIDAD DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y EL MARCO REGULADOR

1. Funciones típicamente atribuidas

Como señala Alfredo Villavicencio, la evolución histórica por la que transitó la libertad sindical, desde su origen a partir de la cuestión social derivada de la revolución industrial hasta su reconocimiento y promoción en los principales

instrumentos internacionales de derechos humanos, da cuenta de la idoneidad que se le reconoce a la organización de los trabajadores para asumir un conjunto de funciones de particular relevancia en la sociedad[17].

En efecto, siguiendo al citado autor, las organizaciones sindicales cumplen, en primer lugar, una función equilibradora "que busca compensar la asimetría de poder que existe entre el trabajador individualmente considerado y el empleador (...) [mejorando] la posición de los trabajadores en esta relación desigual, de modo que se obtengan cuotas mayores de igualdad material y justicia social"[18]. Así, la libertad sindical permite una "igualación" (vale decir, una "desigualdad compensatoria"), en la medida que permite constituir un contrapeso que limita y acota el poder económico del empleador[19].

Asimismo, la organización sindical tiene como una de sus más trascendentes funciones la de componer o pacificar el conflicto laboral, a través de la representación de los intereses de los trabajadores y de la negociación colectiva que lleva a cabo con el empleador para obtener mejores condiciones de trabajo. En definitiva, a través del ejercicio de la libertad sindical y, particularmente, de la negociación colectiva, el propio sistema canaliza y encauza el conflicto inherente a la relación capital–trabajo, fomentando la celebración de acuerdos colectivos que permitan que las relaciones productivas se desarrollen de manera armónica[20].

La tercera función que Villavicencio destaca es la normativa, pues a través del convenio colectivo –como producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva– la organización sindical y el empleador regulan con carácter vinculante las condiciones laborales aplicables a una determinada empresa o, incluso, a todo un sector productivo o gremio de profesionales. Esta función normativa adquiere especial relevancia desde la perspectiva del Derecho del Trabajo no solo porque genera un sistema de regulación autónomo que se adecúa a las condiciones particulares y cambiantes de una empresa o sector, sino porque tiene la vocación de articularse con la ley laboral en una relación de suplementariedad, mejorando los mínimos legales y permitiendo, a su vez, que la autonomía individual la tenga como "piso" que se puede mejorar.

Muy vinculada a la anterior, la cuarta función reconocida a las organizaciones de trabajadores es la de fortalecer la cohesión social y la democracia sustancial, habida cuenta que a través de la negociación colectiva "no solo representan intereses económicos, sino también intereses sociales, y desde esa perspectiva el papel

(17) VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga.* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007. p. 19.
(18) Loc. Cit.
(19) ERMIDA, Óscar. "Crítica de la libertad sindical". En: *Derecho PUCP*, Nº 68, 2012. p. 36.
(20) VILLAVICENCIO, Alfredo. Ob. cit., p. 20.

de las organizaciones sindicales no se reduce a fijar condiciones de trabajo, sino que se convierte en un componente muy importante de la democracia material"[21].

En efecto, como acertadamente apunta Óscar Ermida[22], la libertad sindical es un elemento constitutivo de la democracia, y no solo de su noción material o sustancial, sino –sobre todo– de la democracia en un sentido formal. En primer lugar, porque a través de la "acción igualadora del sindicato" los trabajadores logran ejercer un importante número de derechos civiles que de otro modo no podrían ser efectivizados. En segunda instancia, porque los modernos sistemas democráticos y plurales, tienen como referente indispensable a los sindicatos, en tanto uno de los actores más representativos de dicho pluralismo.

Finalmente, la libertad sindical asume como función garantizar la vigencia efectiva del Derecho del Trabajo, en la medida que la organización colectiva de los trabajadores permite controlar al interior de las empresas el adecuado cumplimiento de la normativa laboral por parte del empleador, más aún en un contexto como el nuestro, en el que existe una marcada informalidad y una aparente vocación por el incumplimiento de la ley laboral. Como bien apunta Villavicencio, "podemos afirmar que en el plano del cumplimiento de las normas laborales, es mucha más efectiva la acción de una organización sindical que la de un ejército de inspectores"[23], a lo que se suma lo indicado por Ermida: "por su sola presencia, el sindicato ya supone un cierto desincentivo a la violación de normas y derechos del trabajador; y claro está, su acción efectiva puede constituir un incentivo mayor al cumplimiento y prevenir violaciones"[24].

Habiendo reseñado sucintamente las funciones tradicionalmente atribuidas a los sindicatos, corresponde identificar cuál de ellas permitiría acoger como un eventual "nuevo" (o reformulado) rol el de la participación de las organizaciones de trabajadores en los procesos de diálogo para la prevención y gestión de los conflictos sociales.

En nuestra opinión, la función vinculada al fortalecimiento de la cohesión social y de la democracia –sustancial y formal– constituiría la plataforma idónea para dinamizar y fortalecer la participación de los sindicatos en la prevención y gestión de los conflictos sociales. En tal sentido, debemos analizar ahora en qué medida el marco normativo vigente brinda márgenes de actuación más o menos amplios para que las organizaciones de trabajadores puedan asumir esta función en su sentido más amplio y comprehensivo.

(21) Ibídem, pp. 21-22
(22) ERMIDA, Óscar. Ob. cit., pp. 36-37.
(23) VILLAVICENCIO, Alfredo. Ob. cit. p. 23.
(24) ERMIDA, Óscar. Ob. cit., p.37.

2. Marco normativo vigente

Siguiendo a Javier Neves[25], la reforma de los años noventa introdujo una nueva regulación en materia de relaciones colectivas de trabajo que constituyó una mejora –respecto del sistema del régimen militar de la década de 1970– en tres aspectos centrales: (i) disminuyó la injerencia del Estado sobre las negociaciones colectivas; (ii) permitió la pluralidad sindical; y, (iii) abrió diversas vías para la solución de los conflictos colectivos, como son la conciliación, la mediación y el arbitraje.

No obstante ello, nos recuerda el citado autor, estas mejoras no se extendieron a aspectos centrales de la materia, por lo que resultaron insuficientes para consolidar a los sindicatos frente al empresariado, cuyo poder se había reforzado enormemente en el campo de las relaciones individuales de trabajo.

En efecto, hay cuatro aspectos clave por los que la reforma de los noventa debilita la potencialidad de la negociación colectiva[26]: (i) adopta un modelo primitivo de fuero sindical, protegiendo solo a ciertos dirigentes frente al despido; (ii) orienta compulsivamente la negociación colectiva al nivel de empresa, eliminando prácticamente la negociación a niveles de rama de actividad o gremio; (iii) establece una vigencia temporal de los beneficios pactados en los convenios colectivos; y, (iv) asume un modelo estático de huelga: solo para fines profesionales y supone el cese total de labores con abandono del centro de trabajo.

De los aspectos antes indicados, nos interesa resaltar dos para los fines del presente ensayo: la preferencia por la negociación colectiva a nivel de empresa y la adopción de un modelo de huelga estático.

Sobre lo primero, un importante estudio acerca del contenido de la negociación colectiva en el país[27] ha evidenciado que "en lo posible, los sindicatos pretenden negociar a nivel de rama a fin de contar con un sistema negocial centralizado. (...) Por su parte, los gremios empresariales tienden a fortalecer la negociación colectiva a nivel de empresa a fin de descentralizar el sistema negocial existente en el país"[28]. A mayor abundamiento, basta recordar que ha tenido que ser a través de sendas sentencias del Tribunal Constitucional que se recuperó el nivel de negociación colectiva a nivel de rama de actividad en la construcción y en los puertos.

Sobre lo segundo, señalar que el Comité de Libertad Sindical, órgano de control especializado de la OIT, ha establecido que "los intereses profesionales y

(25) NEVES, Javier. *Balance de la Reforma Laboral - Documento de trabajo.*. DESCO, Lima, 1999.
(26) Ídem.
(27) TOYAMA, Jorge; UGAZ, Mauro y Luis VINATEA. *Los convenios colectivos en el Perú. ¿Cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos?* Lima: Gaceta Jurídica, 2009. 653 p.
(28) Ibídem, pp. 30-31.

económicos que los trabajadores defienden mediante derecho de huelga abarcan no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores"[29].

Si a los aspectos legales antes mencionados se suma el hecho de que la reforma laboral en el aspecto individual condujo a una extendida precarización del empleo, y esta generó una situación de extrema debilidad en la base misma de la vida sindical, tendremos la explicación de la grave crisis sindical presente al día de hoy en el Perú[30].

En suma, consideramos que el marco normativo vigente en materia de relaciones colectivas de trabajo delimita márgenes bastante estrechos para que las organizaciones de trabajadores puedan asumir una actuación potenciada en los procesos de diálogo para la prevención y gestión de los conflictos sociales. Ello, en la medida que nuestro sistema de negociación colectiva es uno desconcentrado o atomizado y que nuestro modelo de huelga deja de lado la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social, lo que debilita enormemente la legitimidad de la organización sindical para canalizar los intereses de importantes grupos de actores sociales, dificultando así sus posibilidades de fortalecer la cohesión social.

IV. RETOS Y OPORTUNIDADES: LOS SINDICATOS COMO ACTORES RELEVANTES PARA LA PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES

Aun cuando la normativa laboral vigente pareciera dejar poco margen de actuación a los sindicatos en materia de prevención y gestión de los conflictos sociales, la normativa especial podría dar ciertas luces acerca de cuál podría ser su rol y actuación en el tema en cuestión.

(29) OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada), 2006. p. 116.

(30) Como señalan Cuadros y Sánchez, luego de la reforma laboral de la década de los noventa, las tasas de sindicación y la cantidad de convenios colectivos registrados sufrieron una drástica caída: en Lima Metropolitana, por ejemplo, el porcentaje de trabajadores sindicalizados se redujo del 21,9% en 1990 al 4,2% en 2007; mientras que el número de convenios colectivos registrados a nivel nacional disminuyó de, aproximadamente, 2000 en 1990 a poco más de 500 en 2009. Entre las principales razones que explicarían esta disminución en la tasa de sindicación se encuentran el límite mínimo de trabajadores impuesto para constituir un sindicato (20 trabajadores para sindicato de empresa), el uso intensivo de la contratación temporal por parte de la mediana y gran empresa, el crecimiento del empleo en el segmento de la microempresa, el incremento de la informalidad laboral, así como el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa del Trabajo, entre otras. CUADROS, Fernando y SÁNCHEZ, Christian. "El rol estatal de fomento de la negociación colectiva". En: *Libro del III Congreso Nacional de la SPDTSS*, 2008.

Según los "Lineamientos y Estrategias para la Gestión de Conflictos Sociales", aprobados por Resolución Ministerial N° 161-2011-PCM, la gestión del conflicto social supone un proceso mediante el cual una instancia del Estado adopta acciones e instaura mecanismos participativos y de toma de decisión ante una posible situación de conflicto social o un conflicto social manifiesto, articulando acciones y generando espacios de diálogo para abordar propuestas de solución integral.

Durante la gestión del conflicto social se impulsan espacios de diálogo y se busca la concurrencia de todos los actores involucrados, dentro de un marco de equidad, consenso e interculturalidad. Estas acciones están comprendidas en tres etapas: prevención, tratamiento y seguimiento.

De ellas, nos interesa llamar la atención sobre la prevención del conflicto social, toda vez que se trata de una cierta perspectiva de intervención que se enfoca en la posibilidad de prever la aparición o escalamiento de un conflicto social, de manera que los actores, o la población en general, puedan trabajar sobre la problemática y causas estructurales del conflicto o potencial conflicto y buscarle soluciones.

Parece claro que desde la perspectiva de la PCM, la participación de los actores sociales resulta fundamental para la gestión de los conflictos sociales, sobre todo en su etapa de prevención, y que la noción de actores no se limita a los protagonistas directos cuyos intereses se contraponen, sino al conjunto de actores sociales que tiene mayor o menor incidencia –incluso indirecta– sobre el tema controvertido; esto claramente incluye, en nuestra opinión, a las organizaciones sindicales.

Más aún, consideramos que una evaluación de los márgenes normativos vigentes para la actuación de los sindicatos en la prevención y gestión de los conflictos sociales resulta necesaria también en la línea de apuntar a lo que Villavicencio denomina un modelo democrático de relaciones colectivas[31], cuyos rasgos principales serían los siguientes:

a) Concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y asignación al conflicto de un papel funcional dentro del esquema constitucional.

b) Consagración de la autonomía colectiva como pieza esencial del sistema normativo.

c) Intervención promocional y alimentadora del sistema por parte del Estado como noción de cierre de excepcional trascendencia (fortalecer las organizaciones sindicales y empresariales y los canales de negociación para que sean estas las que luego se hagan cargo de la regulación).

(31) VILLAVICENCIO, Alfredo. "El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional". En: *Derecho PUCP*, N° 68, 2012. pp. 563-565.

Así, cobra vital importancia "recordar que en una sociedad verdaderamente democrática, las organizaciones sindicales cumplen la función de representación general de los intereses de los trabajadores, pero no solo actúan como agentes económicos en la negociación colectiva, lo hacen también como agentes sociales que expresan la identidad social de los trabajadores, frente a los demás actores sociales y frente al Estado"(32).

En similar sentido, Rosenbaum encuentra que gradualmente los contenidos de la negociación colectiva en América del Sur se han ido ampliando por la necesidad de atender los nuevos desafíos que plantea el mundo del trabajo (v. gr.: reestructuraciones, innovación tecnológica, capacitación y formación), pero también como resultado de los mayores grados de democratización que vienen adquiriendo los sistemas de relaciones laborales.

Por ello, afirma el citado autor, que "la negociación colectiva (...) contribuye a facilitar el relacionamiento entre los actores sociales, asegurando la efectividad de la libertad sindical, de la autonomía colectiva y de la paz social. (...) [El convenio colectivo] ha demostrado asimismo su importancia como variable para el gobierno del sistema de relaciones laborales que forma parte del sistema político, por la incidencia que sus costos y regulaciones representan a nivel macroeconómico y social"(33).

En definitiva, sea porque existe ya reconocida una cierta participación a las organizaciones de trabajadores –en tanto actor social relevante– en la gestión y prevención de conflictos sociales, o porque la tendencia de un Estado Social de Derecho debería ser la de apostar (o inclinarnos, al menos) por un modelo democrático de relaciones colectivas de trabajo, consideramos que el rol actual de las organizaciones sindicales en los conflictos sociales debería ser objeto de una reevaluación –desde la normativa y nuestro imaginario– a fin de potenciar su actuación e incrementar las oportunidades de contar con más y mejores actores partícipes de la gestión y prevención de los conflictos sociales.

V. CONCLUSIONES

1. Un crecimiento macroeconómico sostenido y un marco político de respeto a la institucionalidad democrática y a las libertades públicas constituyen el escenario en que los conflictos sociales se hacen explícitos y se materializan.

2. Las dos principales instituciones del Estado encargadas de monitorear y gestionar los conflictos sociales (la DP y la PCM) priorizan su preocupación de manera diferenciada: la primera en la potencial vulneración de los derechos ciudadanos y la segunda en la gobernabilidad democrática. No obstante, es

(32) Ibídem, p. 165.
(33) ROSENBAUM, Jorge. Ob. cit., p. 102.

de destacar que para ambas, el conflicto laboral es claramente un conflicto social.

3. Desde la doctrina laboral se evidencia también una clara conexión entre el conflicto social y el conflicto laboral (género-especie), aunque esa conexión pareciera estar configurada por un marco normativo que atribuye a las organizaciones de trabajadores y de empleadores unas ciertas funciones y roles que les brindan márgenes de actuación más o menos amplios según el ordenamiento que se trate.

4. El marco normativo vigente en nuestro país establece márgenes bastante estrechos para que las organizaciones de trabajadores puedan asumir una actuación potenciada en los procesos de diálogo para la prevención y gestión de los conflictos sociales.

5. Lo anterior se debe a que nuestro sistema de negociación colectiva atomizado y el modelo de huelga estático debilitan enormemente la legitimidad de la organización sindical para canalizar los intereses de importantes grupos de actores sociales.

6. En nuestra opinión, el rol actual de las organizaciones sindicales en los conflictos sociales debe dinamizarse y fortalecerse, para atender el rol que prevé la normativa de la PCM, pero principalmente porque la tendencia de un Estado Social de Derecho debería ser la de apostar por un modelo democrático de relaciones colectivas de trabajo.

LA HETEROCOMPOSICIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO: EL ARBITRAJE POTESTATIVO

Mauro UGAZ OLIVARES

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la escuela de Posgrado de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO

I. Introducción; **II.** El nuevo escenario de las relaciones colectivas de trabajo; **1.** El escenario de las relaciones colectivas anterior al Caso Portuarios; **2.** El escenario de las relaciones colectivas paralelo o posterior al Caso Portuarios; **III.** Nueva visión del arbitraje potestativo; **IV.** Los árbitros en el arbitraje potestativo; **V.** Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, referida al Expediente N° 03561-2009-PA/TC (más conocida como el Caso Portuarios), así como sendas regulaciones provenientes de la Autoridad Administrativa de Trabajo acatando la sentencia antes mencionada, han propiciado el resurgimiento de una institución relegada en el escenario de nuestras relaciones colectivas de trabajo: el arbitraje en los conflictos laborales colectivos.

Curiosamente, pese a que el arbitraje laboral se trata de una de las instituciones cuyos orígenes se remontan "a los propios inicios de los sistemas modernos de relaciones laborales"(1), su utilización en el caso peruano fue muy puntual

(1) DEL REY GUANTER, Salvador. "Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflicto en el ámbito laboral". En: *Iuris:* Cuadernos de política jurídica, N° 4, 1995, pp. 163-178.

y concreta, es más, usualmente se le identificó en las negociaciones colectivas que involucraban a las empresas o entidades del Estado.

Pues bien, el contexto antes descrito ha variado radicalmente, siendo intensa la aparición de los arbitrajes laborales en situaciones donde usualmente las partes resolvían el conflicto en trato directo o no recurrían a este mecanismo.

Queda claro que recurrir a un arbitraje –para cualquiera de las partes– significa renunciar a la posibilidad de mantener el control sobre el resultado final de la negociación colectiva, es decir, sobre el contenido del convenio colectivo.

Entonces, ¿cómo se explica que las partes –sobre todo la laboral– se encuentren interesadas en derivar sus negociaciones a un tercero y no resolverlas ellas mismas? ¿Por qué las partes prefieren derivar la solución de una negociación a un tercero que desconoce directamente la realidad de la empresa y la idiosincrasia de los trabajadores?

En nuestra opinión, dos factores contribuyen a lo anterior.

En primer lugar, la nula repercusión que existía en los hechos para los empleadores que mantenían un conflicto abierto. Como veremos más adelante, el escenario laboral dificultaba la implementación de una medida de fuerza válida por parte de los trabajadores y, además, impedía la existencia de la alternativa del arbitraje ya que este únicamente podría ser voluntario.

De ese modo, los empleadores no tenían los suficientes incentivos para negociar de manera rápida o cerrar el conflicto a través de un convenio colectivo. Esto era más visible en aquellas organizaciones gremiales cuya población de afiliados no era tan relevante o que no significaban una inquietud alta para las empresas en caso de que estas recurrieran a una medida de fuerza –aún si la medida fuera ilícita–.

En estos supuestos, era preferible para las entidades empresariales negociar despacio, sin apuros, a fin de desgastar a la contraparte quien tiene la presión de un resultado inmediato debido a las expectativas que se han generado en la asamblea general del sindicato.

Precisamente lo anterior ha sido materia de crítica por algunos asesores sindicales, quienes proponen que existan plazos predeterminados y máximos en la negociación de las partes cuando se encuentran en el trato directo o en la etapa de conciliación[2].

(2) Esa es la opinión, por ejemplo, de Carlos Mejía, quien menciona en su texto "Apuntes sobre la negociación colectiva en el Perú", lo siguiente: "La norma actual, en la búsqueda de mayor libertad para los actores, deja sin plazos a todos y cada una de las etapas de la negociación colectiva. La ausencia de plazos a las etapas, ha definido las estrategias que van a seguir empresarios y sindicatos. La experiencia de las dos décadas y la muestra recogida en la CGTP señalan que esta situación favorece de manera clara a los intereses empresariales. En la práctica, esta medida crea un amplio margen de ambigüedad sobre los resultados finales. En teoría un expediente de negociación colectiva podría extenderse indefinidamente en el tiempo.

En segundo lugar, en el contexto antes señalado, la necesidad de obtener un resultado en un plazo más corto era una frustración. Las negociaciones solían ser extensas e incluso transcendían el periodo de vigencia del proyecto de convenio que se negociaba. No deja de ser sintomático que quienes han sido los primeros en utilizar el arbitraje potestativo par dar solución a sus conflictos sean organizaciones sindicales de gran trayectoria y experiencia, quienes sí usualmente cerraban sus conflictos en sendos acuerdos colectivos. Evidentemente el anterior modelo no los incentivaban ni satisfacían: el periplo para llegar a un acuerdo era tan desgastante y dañaba su legitimidad en las bases que han preferido un modelo más célere pese a que ello significa no mantener el total control sobre el contenido de lo decidido por los árbitros.

Veamos, pues, cómo se desarrolla el panorama del arbitraje potestativo para luego reflexionar acerca de él.

II. EL NUEVO ESCENARIO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. El escenario de las relaciones colectivas anterior al Caso Portuarios

En el anuario estadístico de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo correspondiente al año 2009, se señalaba lo siguiente:

> "Transgredir por parte de las organizaciones sindicales en huelga con lo establecido en el TUO del D.S. N° 010-2003-TR, ocasionó que la Autoridad Administrativa de Trabajo se pronunciara a través de "Autos de Ilegalidad" ante las huelgas presentadas; porcentajes que han disminuido considerando lo acontecido en años anteriores, **cuyas tasas de ilegalidad alcanzaban algo más 98% de las paralizaciones presentadas**"[3] (el resaltado es nuestro).

En efecto, durante los años anteriores la tasa de paralizaciones o huelgas lícitas eran casi inexistente.

Las razones de ello básicamente se centran en la regulación del derecho de huelga que existe en nuestro país. Para empezar tenemos una medida de fuerza que requiere ser aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo de forma previa a su consumación, habiendo sido tal Autoridad –estadísticamente, por lo menos– muy renuente a declarar huelgas procedentes o legales.

No tiene ningún parámetro legal para que llegue a una conclusión. Esta situación va contra el enunciado constitucional que señala el deber del estado por 'promover la negociación colectiva'". Ver:< http://www.sindicalistas.net/2012/08/apuntes-sobre-la-negociacion-colectiva.html>.

(3) Al respecto ver la siguiente dirección de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.

De otro lado, los espacios para propiciar una medida de fuerza son muy estrechos: el modelo acogido por nuestra legislación y por nuestra jurisprudencia constitucional es el modelo estático de huelga que solo permite que la medida de fuerza se centre en el abandono del centro de trabajo y la cesación de los servicios.

Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 008-2005-PI/TC ha señalado que este derecho:

> "(...) consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo".

Precisamente tal definición impide que los trabajadores puedan optar por otras medidas de fuerza para presionar con mayor intensidad al empleador.

A lo anterior, tenemos que añadir que los requisitos inicialmente previstos para que la huelga se materialice eran muy onerosos, tanto que provocaron que el Comité de Libertad Sindical se pronunciará de manera desfavorable sobre ellos[4], lo que motivó que la regulación de huelga se modificará básicamente en el quórum necesario para adoptar tal medida.

Pues bien, hasta el año 2009, las huelgas que fueron declaradas legales o procedentes fueron notoriamente la excepción. Basta con mirar con detenimiento las cifras ofrecidas por el Anuario preparado por la Autoridad de Trabajo para darnos cuenta de ello[5]:



(4) Esencialmente, el tema del quórum para la adopción de la medida de fuerza fue objetado por el Comité de Libertad Sindical en los siguientes documentos: 291.er informe, casos números 1648 y 1650 (Perú), párrafo 468.

(5) Ver: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.

De ese modo, si bien lo anterior no significa que los trabajadores no realizaron medidas de fuerza, qué duda cabe que el contexto antes descrito impidió que la presión sobre los empleadores tuviera un impacto mayor ya que bastaba con solo propiciar la declaración de ilegalidad de la huelga –de manera definitiva por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo– para que esta ya no tuviera efectos y solicitar el despido de los huelguistas por ausentarse del centro de trabajo de manera injustificada. Como es de suponer, la efectiva de la huelga se matiza considerablemente si esta no es compatible con la legalidad.

Por otro lado, en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo nos encontramos con un arbitraje básicamente voluntario[6]: así lo entendía la Autoridad de Trabajo desde el 6 de febrero de 1995, cuando en el Expediente N° 414-94 referida a la Avícola Esquivel señaló que:

> "Del análisis del Decreto Ley N° 25593 se establece que la parte empresarial no está obligada a someter el diferendo a arbitraje, y por lo tanto suscribir un acta de compromiso arbitral, de tal manera que, al afirmar el inferior en grado que la recurrente está en la obligación de firmar dicha acta, mandando nueva citación para su suscripción, está incurriendo en causal de nulidad (...)".

En ese sentido, se requería del acuerdo entre las partes para que el conflicto pudiera ser sometido a un arbitraje y, con ello, solucionarlo a través de un laudo arbitral (cuyo efectos, por Ley, son equivalentes a los que tiene un convenio colectivo).

Pues bien, la combinación de medidas de fuerza mayormente ilícitas con la imposibilidad de cerrar el conflicto a través del arbitraje (salvo que exista la anuencia del empleador) nos ha llevado a una situación perniciosa: la proliferación de conflictos no resueltos, inacabados, que redundan en un mal clima laboral y que no satisfacen a los actores involucrados en las relaciones colectivas laborales. Asimismo, estos conflictos dilatados o inacabados impactan en la operatividad empresarial ya que muchas veces el presupuesto tiene que reestructurarse en función a la sobrevivencia del conflicto así como muchas decisiones son suspendidas hasta tener claro el escenario resultante luego de la negociación (aumentos remunerativos, ascensos, planes de incentivos, inversiones, contrataciones, capacitaciones, etc.).

Si bien la decisión de retardar la negociación tendrá –en ocasiones– como fin debilitar a la contraparte sindical, sin lugar a dudas, se trata también de un sacrificio

(6) En realidad, las interpretaciones sobre si el arbitraje era o no potestativo en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo eran múltiples; sin embargo, para la mayoría de la doctrina peruana parecía existir consenso en que tal arbitraje era potestativo. Véase, por ejemplo, LOVATÓN PALACIONES, David. "El desencuentro entre el proceso negocial y el procedimiento arbitral en la LRCT". En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto de 1994, pp. 9-11; PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamento del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179; FERRO DELGADO, Víctor. El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: *Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1994, p. 13.

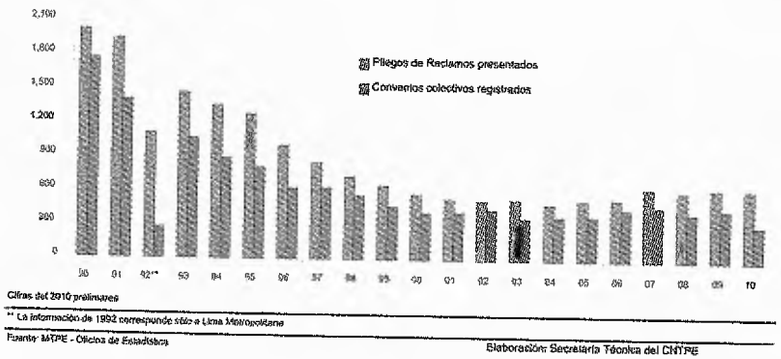
que la empresa asume ya que tenderá a no realizar actos o procedimientos internos que pudieran ser incompatibles con lo que se negocie.

Pero lo peor quizá sea la ruptura de diálogo entre los participantes del conflicto o de la negociación. ¿Qué tipo confianza o acercamiento tendrán las partes tras largos meses de infructuosas negociaciones? ¿Qué tipo de credibilidad habrá entre las partes cuando se frustra una negociación, se judicializa el conflicto o este se mantiene abierto?

En la negociación se involucran personas y, como tales, lo subjetivo tiende a jugar un rol muy importante. Si no reconozco en la contraparte a una persona que merece mi respeto, confianza o credibilidad, las oportunidades de concretar una negociación van a ser nulas. Precisamente, un escenario donde se negocia de manera detenida, pausada, buscando irritar y desacomodar a la otra parte rompe la sutil vinculación de diálogo que podría haber entre las partes para futuras negociaciones.



Como es de suponer, la tendencia hasta el año 2010 era de un alto porcentaje de conflictos inconclusos y que inevitablemente conllevan a distorsionar las relaciones laborales dentro de un centro de trabajo:



De la misma opinión, es Alfredo Villavicencio al señalar que[7]:

> "(...) si uno sabe que la negociación colectiva va a quedar abierta y el sindicato es débil y no hay posibilidad de arbitraje, como ha venido sucediendo en el Perú a lo largo de casi 20 años, la negociación toma un rumbo ponderando tales elementos y dejando el conflicto abierto por años en muchos casos, lo que no es bueno para un sistema de relaciones laborales".

En suma, muchos conflictos, algunos inconclusos y sin herramientas para solucionarlos de manera célere y equilibrada.

A continuación veremos cómo ha cambiado tal escenario laboral y la irrupción del arbitraje potestativo.

2. El escenario de las relaciones colectivas paralelo o posterior al Caso Portuarios

Un primer cambio en el escenario laboral se observó en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En efecto, pese a que la normatividad que regulaba el derecho de huelga no había cambiado, se notó que la Autoridad de Trabajo aligeró en los hechos los requisitos que se exigían para su procedencia.

Ello se puede advertir de las estadísticas contempladas en el año 2010 y 2011 si la comparamos con las de años anteriores[8].

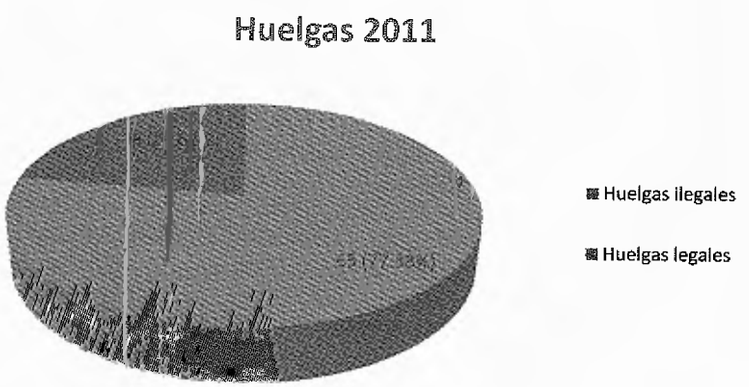
De ese modo, en el año 2010, las huelgas declaradas legales ascendieron al 16%, lo que significa un salto porcentual gigantesco (aunque todavía magro en términos generales) en comparación con el año 2009.



(7) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo del trabajo". En: *Soluciones Laborales* N° 48, Diciembre de 2011, p. 60.

(8) Al respecto ver: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=87&tip=86>.

Y si comparamos el año 2010 con el 2011, la tendencia porcentual se incrementa también el doble aunque en un escenario donde se solicitaron menos medidas de fuerza.



¿Qué ha cambiado?

La mirada de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Es decir, su preocupación por fomentar y fortalecer el derecho de huelga de los trabajadores como medio de presión y de equilibrio dentro de un contexto de negociación donde los conflictos no se concluían. Así, la huelga aparece –aunque todavía aletargada– como remedio para presionar el cierre de la negociación o determinada reivindicación gremial.

Pero quizá el cambio más gravitante sea la imposición del arbitraje potestativo en materia laboral.

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida al proceso de amparo iniciado por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra diversas asociaciones de empleadores, referido al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, declaró inaplicable la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por contravenir el principio de negociación libre y voluntaria al disponer que se lleve a cabo la negociación a nivel de empresa en caso de que se tratara de la primera negociación y no exista acuerdo para determinar el nivel[9].

(9) En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que: "En base al principio de negociación libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo". Véase *Recopilación CLS de 1996*, párrafo 851; véase también 310.° informe, caso núm. 1887 (Argentina), párrafo 103.

De ese modo, el Tribunal Constitucional enuncia que:

> "(...) en la medida que señala que 'A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa'. Dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad de decidir el nivel de negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (...) ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación" (fundamento 28).

Como quiera que la decisión del nivel negocial ya no se encontraba en manos de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, el Tribunal consagró al arbitraje como el mecanismo para la definición del nivel de la negociación colectiva cuando no hay acuerdo entre las partes en la primera negociación.

La solución dada a este caso difiere de la que el mismo Tribunal Constitucional ofreció en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, en la que decidió imponer un nivel negocial a las partes del conflicto (empleadores y trabajadores de construcción civil deberían negociar a nivel *supra* empresarial).

Al parecer ello ocurrió en vista de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en el caso 2375, el cual se refirió a la sentencia antes mencionada en los siguientes términos:

> "El Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer ver de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva".

Es por ello que el Tribunal decidió imponer un arbitraje para este caso y no resolverlo directamente, lo que evidentemente ha sido calificado como una "solución diferida[10]" por algún sector de la doctrina nacional. Asimismo, es curioso –como bien señala Neves[11]–, que el Tribunal Constitucional haya adoptado imponer un arbitraje a las partes cuando ello es totalmente excepcional de acuerdo a los parámetros de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo[12].

(10) NEVES MUJICA, Javier. "La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios". En: *Ius et Veritas* N° 40, Lima, p. 137.
(11) Ídem.
(12) Así el Comité de Libertad Sindical ha señalado en innumerables veces que: "El recurso del arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva solo es admisible en el

Lo anterior se vuelve más complejo cuando el Tribunal Constitucional, en una resolución aclaratoria, publicada "*casi un año después de la sentencia original*"[13], precisa que es el arbitraje potestativo quien determina el nivel de negociación entre las partes:

> "En efecto, el Tribunal Constitucional ha determinado que el arbitraje para definir el nivel de la negociación colectiva es **potestativo** debido a 'una integración razonable (...) a través de la aplicación del artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR', norma que prevé el arbitraje en la negociación colectiva (ante la falta de un acuerdo en negociación directa o en conciliación)"[14] (el resaltado es nuestro).

De ese modo, la parte trabajadora tiene la capacidad de obligar a la parte empleadora a resolver la discrepancia del nivel negocial a través de un arbitraje potestativo. Entendemos que ello es así, debido a que la misma aclaración hace referencia a que la parte trabajadora podría recurrir a la huelga en virtud de lo señalado por el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[15], lo que deja sin sustento a quienes piensan que el empleador también podrá arrastrar con su decisión a los trabajadores al arbitraje impidiéndoles ejercer su derecho a la huelga.

Agrega, además, el Tribunal que el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se trata de un arbitraje potestativo donde no se requiere de la voluntad de ambas partes sino únicamente la de los trabajadores[16]:

> "Que, por consiguiente, corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, **el cual es de carácter potestativo**. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este" (el resaltado es nuestro).

Queda claro, entonces, que para el Tribunal Constitucional, el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se trata de un arbitraje potestativo,

marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población)".

(13) Como refiere Felipe Gamboa en: <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=18&t=el>.

(14) Idem.

(15) Dice el Tribunal Constitucional: "Asimismo, abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo —Decreto Supremo N° 011-92-TR—, disponga que '[a]l término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el Artículo 62 de la Ley' (cursiva agregada)."

(16) Fundamento 8 de la Resolución Aclaratoria del Expediente N° 0361-2009-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>.

el que además se podrá utilizar en los casos donde la negociación del nivel resulte particularmente hostil. Es por ello que el Tribunal Constitucional recurre a la figura de la buena fe para sustentar con mayor solidez la intervención e imposición del arbitraje[17]. Así lo hace notar en el fundamento 15 de la Sentencia correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, donde sostiene que:

> "No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Ello se justifica plenamente en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales".

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, también permite que el arbitraje potestativo pueda imponerse en aquellos casos donde exista una dificultad o conflictividad que es "claramente evitable" ya que es ocasionada por la falta de experiencia de las partes[18]:

> "En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria (...). No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento **para la firma del primer convenio colectivo**; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los **pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales**, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que **facilitan la negociación colectiva**"[19].

A lo expuesto, habría que sumarle –en desarrollo de lo señalado por el Tribunal Constitucional– la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, el cual incorpora el artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, señalando lo siguiente:

(17) A diferencia del caso de Construcción Civil, donde se analizó las particularidades de la labor, pasamos analizar en el caso Portuarios los actos del empleador, es decir, la buena conducta del sujeto empresarial dentro de la negociación.

(18) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

(19) Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo de 1994, párrafos 257, 258 y 259.

"Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo.- Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y, b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo".

Es fácil de apreciar que se introduce reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo, con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –bajo cualquier modalidad– es potestativo de acuerdo a su lectura.

El primer supuesto se refiere a la primera negociación (donde el arbitraje podrá ser instalado para definir nivel o contenido). El segundo supuesto se refiere a la existencia de actos de mala fe. Existen personas que consideran que el primer supuesto en realidad admite una lectura más abierta, con lo cual, sería factible incluir aquellos casos donde se pretenda cambiar el nivel donde las partes se encontraban negociando.

Así, para Villavicencio Ríos se "deduce con claridad que cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación colectiva en tal ámbito, por lo que se configurará"[20] el supuesto de la primera negociación previsto en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Nos parece complicado sustentar tal lectura cuando nos encontramos ante una situación de excepción (como lo es el arbitraje potestativo) aunque ello se matiza con la interpretación del Tribunal Constitucional al entender que el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es potestativo de manera general.

Finalmente, en el ámbito normativo aparece la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, que regula los hechos o situaciones que ameritan ser calificados como de mala fe en las negociaciones colectivas.

Así, la norma prevé que tales supuestos, sin ser una lista taxativa, son los siguientes:

(20) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 60.

CUADRO N° 1

	Supuestos
Actos de mala fe en la negociación	Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo
	Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para esta
	Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo
	No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público
	Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento
	Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador
	Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva
	Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato
	El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación
	Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva
	Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones
	Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical

La norma además agrega que la existencia de los actos de mala fe o no van a ser decididos por el Tribunal Arbitral quien valorará si se cumplen o no los presupuestos para el arbitraje.

De ese modo, una vez transcurrida la etapa de negociación directa o trato directo y finalizada la fase de conciliación, los trabajadores podrán optar por recurrir a un arbitraje potestativo si nos encontramos ante la primera negociación o si existe un acto de mala fe en el desarrollo de las negociaciones.

Incluso, atendiendo a lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional, se podría optar por el arbitraje potestativo en cualquier escenario de negociación[21].

Como es lógico suponer, esta nueva regulación derivada del pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha variado la forma en la cual se venía negociando en el Perú ya que los trabajadores prefieren optar por recurrir a un arbitraje cuando notan que el proceso de negociación será lento o aprecien prácticas desleales por parte del empleador. En otras palabras privilegian concluir la negociación de forma rápida en comparación con tener un mayor control del contenido de lo que puedan acordar en la negociación.

Lo anterior nos ha llevado a tener en los últimos meses una proliferación de arbitrajes potestativos que han venido cerrando los conflictos o negociaciones colectivas de manera más célere que en los otros años.

III. NUEVA VISIÓN DEL ARBITRAJE POTESTATIVO

La actitud de los trabajadores, que en los últimos meses han decidido restarle importancia al trato directo o a la conciliación a fin de promover el arbitraje potestativo, ha llevado a que algunos consideren que tal arbitraje desnaturaliza la negociación colectiva y que crea incentivos para que se deje de lado el trato directo.

Tales críticos señalan que en realidad ya no se negocia sino, por el contrario, los árbitros reemplazan a las partes y, lo que es peor, estos no toman en cuenta en sus decisiones las repercusiones de las propuestas que asumen o sus atenuaciones. Por tal motivo es preferible retornar al arbitraje voluntario, donde el conflicto se cierre por el acuerdo al cual llegan las partes y no por la imposición de una de ellas.

Nos parece que la visión del arbitraje potestativo desde tal punto de vista es parcial o corresponde una visión tradicional del arbitraje.

La función primigenia del arbitraje es poner fin a un conflicto. Es por ello que su uso, cuando es obligatorio o potestativo perjudica a la autonomía colectiva de las partes ya que neutralizan –principalmente– la posibilidad de implementar una medida de fuerza.

Es por ello que Sarthou señalaba que:

> "(...) solamente con carácter excepcional podrá admitirse el arbitraje potestativo unilateral por voluntad de la parte obra en la hipótesis de medios de débil o nula sindicación y siempre que el sistema político ofrezca garantías para el cumplimiento del objetivo perseguido"[22].

Desde este punto de vista, el arbitraje aparece como un mero limitador del derecho de huelga y, por tanto, su uso debería ser restringido.

Sin embargo, el arbitraje tiene una función más decisiva y valiosa que no se concentra únicamente en la huelga. El arbitraje complementa la negociación colectiva, de modo tal que le permita "fortalecer el proceso negocial, incrementando las posibilidades de acuerdos y aumentando la calidad de eficacia tanto del proceso negocial en sí como de su resultado, el convenio colectivo"[23]. Precisamente, en un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación. De lo contrario, la parte trabajadora podrá llevar la negociación a un tribunal arbitral donde la contraparte no tendrá control alguno sobre el resultado del proceso y se concluirá el conflicto de forma más célere.

En una economía de mayor competencia y cambios, los perjuicios ocasionados por la conflictividad laboral tienden a ser reducidos por los empleadores al máximo: no son convenientes las medidas de fuerza si ello afecta la operatividad de la empresa y la relega dentro del mercado. A lo anterior, además, hay que agregarle que cada día se negocian más materias, aumenta la complejidad de las condiciones de trabajo y se requiere de un proceso eficaz y rápido que permita responder a las demandas de los consumidores: las fuerzas de la actividad empresarial se quieren concentrar en las ventas, operaciones o actividades industriales más que en los conflictos laborales[24].

De ese modo, la imposición de un arbitraje potestativo lleva a las empresas a reconocer que deben cambiar su manera de afrontar las negociaciones. Ya no se cuenta con la posibilidad de mantener los conflictos abiertos y dilatados. Más bien, se busca replantear las maniobras negociales empresariales. De ese modo, las partes "reorganizan su estrategia y sus instrumentos de negociación y luego sabiendo que el conflicto puede no quedar abierto tienen una mayor versatilidad al momento de plantear y aceptar sus propuestas"[25].

Desde tal perspectiva, el arbitraje potestativo podría ayudar a mejorar o afianzar el trato directo más que destruirlo o inutilizarlo.

(21) Precisamente ya existen casos donde los trabajadores, adicional a imputarle al empleador un acto de mala fe, señalan en sus escritos que, sin perjuicio de analizar tal escenario, ellos podrán recurrir al arbitraje por ser tal medio de solución de conflictos en su integridad potestativo.

(22) ERMIDA URIARTE, Óscar; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Materiales de Enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda edición, Lima, 1990, p. 323.

(23) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

(24) Ídem.

(25) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 60.

Ahora bien, en los lugares donde se ha afianzado la idea del arbitraje potestativo siempre ha existido una etapa de transición donde las partes requieren entrenarse y amoldarse a esta nueva mecánica de negociación.

Es por ello que es usual y natural la tendencia a desincentivar la negociación en el trato directo ya que existe la posibilidad de ir a un árbitro quien definirá el conflicto. Como ha señalado Salvador del Rey, tales casos se tratan de "síntomas típicos" de las fases iniciales del arbitraje, los cuales son totalmente transitorios y temporales. De ese modo, el efecto de "congelación" o "narcótico" que tiene el arbitraje sobre el proceso negocial –esto es, la tendencia de las partes a no negociar ya que existe la alternativa del arbitraje– no debería llamarnos la atención en una primera etapa[26].

Por el contrario, una vez que las partes experimenten las consecuencias de arrastrar su negociación a un arbitraje, comprobarán si para ellos tal mecánica se adapta de mejor manera a sus necesidades. Debemos recordar que el gran sacrificio del arbitraje es no controlar el contenido de la negociación, con lo cual, cada parte involucrada tendrá que enfrentar tal dilema y optar por si decide incorporarse al arbitraje o potencializar el trato directo.

IV. LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE POTESTATIVO

Un tema de vital importancia en el arbitraje es la elección de los árbitros. El arbitraje requiere de cumplir con los requisitos de imparcialidad y neutralidad que todo proceso prevé, con lo cual, los árbitros no representan a las partes ni actúan en nombre de ellas. Como es obvio, tampoco asesoran a las partes.

El proceso arbitral tendrá legitimidad cuando los árbitros entiendan que son designados para resolver un conflicto desde la "cultura de la neutralidad". De ese modo, la aproximación que pudiera tener con las partes –incluso con la que lo designó– debería ser mínima y motivada.

De otro lado, la profesionalidad del árbitro debe ser manifiesta tanto en el aspecto jurídico como en el aspecto económico. No es posible que el árbitro no tome en consideración situaciones del mercado o del negocio que expliquen o fundamenten una propuesta final de una de las partes.

Tal profesionalidad le permitirá justificar por qué elige una propuesta y desecha la otra, así como las razones por las cuales procede a una atenuación. Nuestro sistema de ofertas finales o de péndulo (donde se opta por una propuesta excluyente) requiere de una explicación cuando se procede a atenuar la propuesta elegida, máxime si tal atenuación de modo alguno puede dejar al beneficio irreconocible o desnaturalizado.

(26) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

V. CONCLUSIONES

El escenario de negociación colectiva en los últimos meses ha sufrido una gravitante modificación: se tiende a cerrar los conflictos a través del arbitraje potestativo y ello ha disminuido el interés del trato directo o de la etapa de conciliación.

En realidad lo anterior es transitorio, el hecho de que ahora exista menos renuencia para dictaminar a una huelga improcedente que se pretende promover las soluciones pacíficas de los conflictos nos deben llevar a reinventar nuestras estrategias negociales y desarrollar nuevos acercamientos con la contraparte sindical o empresarial. Definitivamente, un nuevo escenario laboral nos debe remitir a nuevas conductas gremiales o empresariales



PONENCIAS LIBRES

LA (NECESARIA) COHERENCIA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO Y LAS NORMAS PRESUPUESTALES. A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES CONTROVERSIAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

Percy ALACHE

Abogado asociado al área laboral de Miranda & Amado Abogados. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO I. Introducción **II.** Particularidades de la negociación colectiva en el Sector Público a nivel constitucional; **III.** El diseño del presupuesto público frente al ejercicio del derecho de negociación colectiva **IV.** Hacia una interpretación coherente que no impida ni vacíe de contenido al derecho de negociación colectiva en el Sector Público **1.** Posiciones existentes **2.** Interpretación coherente: ¿Qué alcance tiene la negociación colectiva en el Sector Público? ¿Es posible establecer limitaciones? **V.** El caso de las empresas reguladas por el Fonafe; **VI.** A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis que nosotros proponemos tiene como punto de partida el inagotable debate existente entre el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público frente a las disposiciones que aprueban y diseñan el presupuesto público. De esta manera, el propósito del presente trabajo es determinar, a partir de los laudos que han resuelto controversias en dicho sector, si es posible tener una interpretación uniforme y sólida de ambos aspectos que favorezcan el acercamiento de las partes negociadoras, pero sin olvidar las particularidades que tiene el Estado como empleador.

II. PARTICULARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO A NIVEL CONSTITUCIONAL

Brevemente, diremos que los derechos colectivos del trabajo tienen reconocimiento constitucional en los siguientes términos: "el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga" (artículo 28 de la Constitución Política del Perú). Se precisa que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En este contexto, queda claro que el Estado se encuentra obligado a cumplir con dicha disposición, adoptando todas las medidas necesarias, a fin de promover el ejercicio del mencionado derecho.

No obstante y para darle contenido al derecho de negociación colectiva, es necesario remitirnos a los tratados internacionales en aplicación de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Es así como llegamos a los Convenios Internacionales del Trabajo (CIT) N° 87 y 98, que regulan los derechos de sindicación y negociación colectiva y, en el caso del Sector Público, resulta de aplicación el CIT N° 151. El artículo 7 de esta última norma señala que "los Estados deberán adoptar medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

Al respecto, el artículo 42 de la Constitución establece que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre la negociación colectiva en el Sector Público en los siguientes términos: "Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores. En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Por ello, para una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos tener presente el Convenio N° 151 de la OIT relativo a

la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública"[1].

Sin embargo, el propio TC consideró que el ejercicio de este derecho tiene ciertas e identificables particularidades: "**En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos**, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y **está sujeto a límites**. En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77 y 78 de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado. Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado. Por ello, **en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, estas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la Administración Pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación**".

Como vemos la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público es indiscutible, sin embargo, es válido establecer limitaciones subjetivas (respecto al personal aplicable y siempre que estén expresamente tipificadas y justificadas) y objetivas (cuando la negociación colectiva pueda tener un impacto económico desmedido en el presupuesto público).

III. EL DISEÑO DEL PRESUPUESTO PÚBLICO FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El artículo 77 de la Constitución señala: "la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...) el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización". Dicha norma en su artículo 78, agrega: "(...) el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado".

Como se puede apreciar, el presupuesto público es un instrumento de gestión del Estado por medio del cual se asignan recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población. Estas necesidades son satisfechas a través de la provisión de bienes y servicios públicos de calidad para la población

(1) Fundamentos 53 y 54 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 008-2005-AI-TC. Proceso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.

financiados por medio del presupuesto[2]. En buena cuenta, es la expresión cuantificada, conjunta y sistemática de los gastos a atender durante el año fiscal, por cada una de las entidades que forman parte del Sector Público y refleja los ingresos que financian dichos gastos.

A nivel legislativo, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establece que: "Las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el año fiscal para los pliegos presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la Ley General, se aprueban mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad".

De igual manera, el artículo 19 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público indica que "los funcionarios de las entidades del sector público competentes para comprometer gastos deben observar, previo a la emisión del acto o disposición administrativa de gasto, que la entidad cuenta con la asignación presupuestaria que correspondiera. Caso contrario deviene en nulos de pleno derecho". Ahora bien, conviene revisar cuál ha sido la tendencia de las últimas Leyes de Presupuesto (resaltados nuestros):

CUADRO N° 1

Anexo I - LEYES DE PRESUPUESTO

Anexo II Anexo III Ley N° 29289 Anexo IV Anexo V (2009) Anexo VI Anexo VII Anexo IX	**Anexo VII:** En las entidades públicas, incluyendo el Seguro Social de Salud (EsSalud), organismos reguladores y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A), queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole; excepto para el Cuerpo de Gerentes Públicos regulado por el Decreto Legislativo Nº 1024, contratados en el marco del Decreto Legislativo Nº 1026, el Ministerio del Ambiente, la Contraloría General de la República y el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria y la Construcción (Sencico). Los arbitrajes en materia laboral que se efectúen de acuerdo con la normatividad de la materia se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente Ley. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas, y aquellos incrementos que se autoricen dentro de dicho rango, con excepción de los Presidentes y Consejeros que vinieron percibiendo ingresos menores a los topes establecidos en el Decreto de Urgencia N° 038-2006

(2) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Guía del Sistema Nacional de Presupuesto*. Dirección Nacional de Presupuesto, Lima, 2011, p. 8.

Anexo X Anexo XI Ley N° 29465 Anexo XII (2010)	**Anexo XIII:** Prohíbese en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. En el caso de la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) y EsSalud, las negociaciones colectivas que eventualmente arriben a etapa arbitral, el Ministerio de Economía y Finanzas será la única instancia facultada para autorizar la capacidad de oferta de las entidades, en materia de reajuste de ingresos, a proponer ante los tribunales arbitrales. (...). La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.
Anexo XIV Anexo XV Ley N° 29626 Anexo XVI Anexo XVII (2011)	**Anexo XVIII:** Prohíbese en las entidades del nivel de Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (Petroperú S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.
Anexo XIX Anexo XX Ley N° 29812 Anexo XXI (2012)	**Anexo XXII:** Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

Como podemos apreciar, el común denominador de las últimas leyes de presupuesto ha sido, por un lado: (i) la prohibición de reajuste o incremento de

remuneraciones independientemente de su naturaleza y, de otro que: (ii) los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales dispuestas por dichas normas.

Consideramos que las prohibiciones señaladas en las leyes de presupuesto entorpecen el ejercicio de la negociación colectiva, ya que estaríamos ante la negación del derecho, sin haberse reparado que a través de este procedimiento es posible que los trabajadores públicos puedan lograr reivindicaciones salariales, pero siempre que el presupuesto público lo permita. Por lo tanto, si el derecho se encuentra reconocido debe favorecerse a su establecimiento y dependerá de la realización de un análisis técnico - económico de cada institución pública, si es posible atender las peticiones salariales que promuevan las organizaciones sindicales.

Igualmente, consideramos que más allá de permitir el arbitraje como un mecanismo para resolver una negociación colectiva, es necesario que este procedimiento cuente también con sólido sustento técnico que considere la situación económica de las instituciones públicas. Para lograr ello, es de vital importancia determinar las fuentes de financiamiento, elaborar un estimado de ingresos y gastos que la medida supondría y proyectar su repercusión en el tiempo.

IV. HACIA UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE QUE NO IMPIDA NI VACÍE DE CONTENIDO AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

1. Posiciones existentes

Ese inagotable debate al que hicimos referencia en la parte introductoria se ha concretado básicamente en dos posiciones.

La primera posición, sostiene que una interpretación sistemática de los dos artículos constitucionales, el 28°.2 y el 42°, lleva por oposición, a la conclusión de que el constituyente negó la posibilidad de negociación colectiva para los servidores públicos, a dicho nivel. Y la razón resulta evidente: una negociación colectiva en entidades estatales que pretendan incrementos de remuneraciones y de condiciones con efectos económicos, podría desquiciar el presupuesto asignado a la entidad, y si ello se generaliza, todo el presupuesto del Estado, con lo cual se tendrían que dejar de atender las necesidades prioritarias previstas en el presupuesto a favor de la colectividad para atender estos requerimientos, prácticamente particulares[3]. Asimismo, se ha argumentado que al no haberse consagrado expresamente el derecho de

(3) MORALES CORRALES, Pedro. "La negociación colectiva en entidades del Sector Público". En: *Trabajo y Seguridad Social*. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Lima, 2008. p. 431.

negociación colectiva de los servidores públicos en el artículo 42 de la Constitución, estos trabajadores se encontrarían excluidos de la titularidad de dicho derecho[4].

La segunda posición, señala que el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de fuente constitucional fluiría igualmente y aun sin mención expresa de la sola consagración del derecho de libertad sindical pues, en virtud de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse sobre la base de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT, lo que nos conduciría inevitablemente a incluir dentro del contenido esencial de la libertad sindical a la actividad negocial. Se agrega que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos determina, por un lado, que las eventuales limitaciones a este derecho resulten admisibles únicamente si derivan del propio texto constitucional y en medida tal que no impliquen la neutralización absoluta del derecho; y, por otro lado, que este derecho se convierta en parámetro de enjuiciamiento de la legalidad ordinaria para quienes ejercen función jurisdiccional[5].

2. Interpretación coherente: ¿Qué alcance tiene la negociación colectiva en el Sector Público? ¿Es posible establecer limitaciones?

Vistas las posiciones anteriores, resulta conveniente determinar si es posible conciliar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público con las normas que regulan el presupuesto público. Nosotros consideramos que sí es posible interpretar coherentemente ambos aspectos por las siguientes razones:

Primero, estamos ante un derecho fundamental con sustento constitucional, incluidos los tratados internacionales, y cuya titularidad se encuentra reconocida para dicha categoría de trabajadores. Si bien la negociación colectiva en el Sector Público ofrece algunas dificultades dado que las remuneraciones de sus trabajadores se determinan por la Ley de Presupuesto, ello no es razón suficiente para excluirlos de toda participación en el establecimiento de sus beneficios económicos.

En ese sentido, en el **Laudo 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sinaut y la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - Sunat**, se sostuvo que: "La titularidad de tales derechos, vale decir, su ámbito subjetivo de aplicación, es acorde con el mandato de interpretar los alcances de los derechos constitucionales de conformidad

(4) AMPRIMO PLÁ, Natale. *Temas de Derecho Laboral municipal*. En: Colegio de Abogados de Lima. Temas municipales. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, p. 114.

(5) BALBIN TORRES, Edgardo. *Sobre la negociación colectiva de los trabajadores estatales y la normativa presupuestal*. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Año 2008. pp. 505-507.

con los tratados internacionales de derechos humanos que el Perú ha ratificado (...) **Tanto el Convenio 87 como el Convenio 98 de la OIT, incluyen en su ámbito de aplicación a los trabajadores privados y a los públicos, con las únicas excepciones previstas en la propia Constitución y amparadas también en las normas internacionales.** (...) En este escenario, tenemos que afirmar que el derecho de negociación colectiva de los trabajadores involucrados en el presente arbitraje tiene rango jurídico constitucional y eficacia directa" (Fundamentos 40, 41 y 44).

Asimismo, en el **Laudo del 17 de enero de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Municipales de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima**, se indicó que: "**La negociación colectiva en el Perú** en los últimos años, **y con especial énfasis en el Sector Público**, ha perdido esa función esencial, desapareciendo su carácter equilibrados y compensador de las desigualdades económicas, funciones que **han quedado relegadas a un sector reducido de la población asalariada**, excluyendo a la mayoría y afectando el rol esencial que la Constitución otorga al Estado en el fomento de la negociación colectiva y como promotor de condiciones para el progreso social y económico de los trabajadores. **De ahí que la prohibición de negociar incrementos remunerativos o de sus complementos resulta una afectación sumamente grave**" (Fundamento 7, parte final).

En los fundamentos anteriores, queda evidenciado que no es posible hacer exclusiones donde no las hay. Nuestra Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva y ello complementado con los Convenios de la OIT y las interpretaciones realizadas por sus órganos de control[6], permiten afirmar que los trabajadores públicos también lo tienen reconocido. Si bien el artículo 42 de la Constitución solo menciona como derechos colectivos de los trabajadores públicos a la sindicación y huelga, ello no puede ser visto como la carencia del derecho a la negociación colectiva. Precisamente, este fenómeno y la huelga son manifestaciones de la actividad sindical y que permiten a las organizaciones sindicales la consecución de sus fines.

Segundo, resulta válido que el presupuesto público pueda imponer limitaciones a la negociación colectiva en el Sector Público[7]. Sobre el particular, en el **Laudo del 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sinaut y la Sunat**, se estableció

(6) El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que: "El Convenio Nº 98, en especial su artículo 4, relativo al fomento y estímulo de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el Sector Privado como en los organismos públicos. (...) En resumen, todos los trabajadores de la administración Pública, con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales y los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado, deberán gozar de derechos de negociación colectiva. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª Edición. Ginebra: OIT. Año 2006. Párrafos 885-892.

(7) La negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública respondiendo a tendencias universales que han sido incorporadas por la ratificación de convenios suscritos en la OIT, debería establecerse con la limitación expresa de que la materia salarial queda sujeta a las pautas que contenga la ley presupuestaria. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *La negociación colectiva*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. p. 137.

que: "la limitación presupuestaria al derecho de negociación colectiva, que ha sido reconocida por el TC en el Expediente Nº 008-2005-PI/TC, únicamente está referida al derecho de negociación colectiva de los servidores públicos "(...) **los límites a la negociación colectiva solo pueden estar referidos a límites que derivan del propio texto constitucional y cuya finalidad sea la protección de otro derecho constitucionalmente protegido. En el caso de los servidores públicos, el límite viene impuesto por el mandato constitucional que el Estado mantenga un presupuesto equilibrado y equitativo, pues debido a que la Administración Pública se financia con los recursos de todos los peruanos, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sin límite alguno, podría generar una afectación al interés público**" (Fundamento 49).

No obstante, en el **laudo arbitral, de fecha 15 de diciembre de 2011, emitido en los seguidos por el Sindicato de Obreros Municipales de Pueblo Libre con la Municipalidad de Pueblo Libre** se propuso que: "(...) **admitir ciegamente las limitaciones presupuestarias podría significar que el derecho a la negociación colectiva quede supeditado a un acto de autoridad, en este caso, del propio Estado que es la propia contraparte en el proceso negocial; es decir, que exista o no el derecho a la negociación colectiva dependería, en cada caso concreto, de que el Estado, actuando como juez y parte, decidiera a priori adjudicar o no la respectiva partida presupuestaria, de modo que alcanzarían real derecho a negociación aquellos trabajadores públicos a los que el Estado les asignara presupuesto, mas no aquellos a quienes no lo hiciera**". Asimismo, se agrega que: "**La falta de partida presupuestaria**, por omisión de la propia entidad, **no puede ser presentada como un impedimento para la negociación o para la expedición de un laudo arbitral**, en primer lugar, por porvenir de un acto propio, en este caso de naturaleza omisiva; y en segundo lugar, porque tiene una solución de fácil implementación, como lo revelan los precedentes. A ello se agrega el hecho de que **la negociación colectiva tiene un ciclo de desarrollo y vigencia que permite anticipar su renovación periódica, lo que obliga a tomar las previsiones del caso a fin de asegurar su eficacia**" (Fundamento 44).

Qué duda cabe que el límite principal de la negociación colectiva en el Sector Público es el presupuesto. Pero ello no debe representar una prohibición o restricción severa a la negociación colectiva haciendo que esta se torne impracticable[8]. Por el contrario, lo recomendable sería proyectar anticipadamente un estima-

(8) Sobre el particular, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - Servir, en su Informe Legal Nº 337-2010-SERVIR/GG-OAJ, consideró que: "La atribución de potestades de regulación salarial al Ejecutivo no puede ser interpretada como una exclusión de la negociación colectiva pues, de ser así, se incurriría en una interpretación que neutraliza por completo la efectividad de un derecho fundamental. Por ello, siendo que el presupuesto constituye un interés público que debe ser tutelado por el Estado a través de limitaciones al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, el ejercicio de este derecho tendrá como límite lo establecido expresamente por las leyes anuales de presupuesto, toda vez que el Estado tiene sus potestades regladas y no puede, por ello, adoptar decisiones que no estén expresamente señaladas en la Ley, por lo que solo puede actuar y decidir siempre que exista norma habilitante que expresamente le

do de los incrementos remunerativos, determinar su viabilidad y cuál sería su impacto económico. Tras este análisis, podrá fluir las ofertas de cada una de las partes en la negociación.

Tercero, no deben aplicarse normas que dificulten el ejercicio de la negociación colectiva. En el **Laudo emitido el 23 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Inspectores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo SI-PERÚ con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - (MTPE)**, se indicó que: "(...) corresponde al presente Tribunal Arbitral analizar la constitucionalidad de la prohibición de otorgamiento, incremento y reajustes de los beneficios económicos contenida en el artículo 6 y la quinquagésima cuarta disposición complementaria de la Ley de Presupuesto 2012, Ley N° 29812 y, en su caso, inaplicarla por vulnerar los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a percibir una remuneración equitativa y suficiente. (...) **El Tribunal Arbitral considera que las disposiciones transcritas pretenden limitar las decisiones que se adopten en los arbitrajes de materia laboral, dentro de los cuales se encontraría incluido el arbitraje desarrollado dentro del procedimiento de negociación colectiva, pues es en este procedimiento en donde principalmente se negocia el otorgamiento de incrementos remunerativos, por lo que consideramos que las limitaciones legales previstas por tales disposiciones no son aplicables al presente caso**" (Fundamentos 52 y 53).

Asimismo, **en el Laudo del 17 de enero de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Municipales de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima**, se mencionó lo siguiente: "(...) **la prohibición del contenido salarial de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público**, sin estar sujeta a un límite de tiempo, **se convierte en una afectación desproporcionada**, más aún si la misma se repite desde hace muchos años atrás en cada ley del presupuesto público. De otro lado, la medida, sin ningún criterio de justicia, subordina la política salarial al equilibrio presupuestario sin ningún sustento técnico que avale tal restricción. Consecuentemente, **la restricción establecida en los artículos 5 y 6 de la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2011, Ley 29626, y también en los artículos 5 y 6 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2012, Ley N° 29812, resulta ser incompatible con la Constitución al establecer una restricción irrazonable y desproporcionada al ejercicio de la negociación colectiva para los trabajadores del Sector Público, y en el presente caso debe subsistir el derecho a la negociación colectiva preservando su contenido esencial**. (Fundamento 7, parte final).

permita conceder u otorgar beneficios al trabajador. En ese sentido, el Estado-Empleador, a diferencia del empleador privado, no podría o se encontraría limitado para conceder u otorgar nuevos derechos, beneficios económicos, mejoras, entre otros beneficios, o incrementar los ya existentes, que no se encuentren autorizados dentro del marco legal. Conforme a lo expuesto, cuando el Estado-Empleador participa en una negociación colectiva, no puede desligarse de las potestades previamente regladas como límites para la formación de su voluntad, por lo que cualquier exceso a dichos límites carecería de sustento legal válido".

Del mismo modo, **en el Laudo Arbitral, de fecha 15 de diciembre de 2011, emitido en los seguidos por el Sindicato de Obreros Municipales de Pueblo Libre con la Municipalidad de Pueblo Libre**: "(...) **el artículo 6 de la ley 29465, Ley del Presupuesto del Sector Púbico para el año fiscal 2010, (...) es contraria al derecho de negociación colectiva consagrado en el artículo 28 inciso 2 del texto constitucional, pues advertimos que dicha disposición afecta el contenido esencial del referido derecho** y, por tanto, su aplicación negaría el ejercicio del mismo a los trabajadores de LA MUNICIPALIDAD. En ese sentido, en virtud de los establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución, se determina la **inaplicación al presente caso del artículo 6 de la Ley mencionada por se contrario al inciso 2 del artículo 28 de la Constitución**" (Fundamentos 53 y 54).

En sede arbitral, ha sido una constante evaluar la validez de las Leyes de Presupuesto y en caso estas colisionen con el derecho de negociación colectiva, son inaplicadas al caso concreto permitiendo el reconocimiento del derecho. En ese sentido, si los árbitros consideran que una norma impide la adopción de decisiones en los arbitrajes en donde se discute incrementos remunerativos, usualmente, utilizarán el control difuso contra la norma que atenta contra el derecho constitucional.

Cuarto, debe consolidarse una interpretación que concilie los fines perseguidos por el presupuesto público y la negociación colectiva. En el voto singular del **Laudo del 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sinaut y la Sunat,** se reiteró que: "toda negociación colectiva en la que intervienen una entidad pública y sus trabajadores debe ser materializada interpretando sistemáticamente los artículos 28 y 77 de la Constitución, en mérito a lo cual debe armonizarse: (i) el **fomento de la negociación colectiva** y la promoción de soluciones pacíficas para los conflictos laborales y **(ii) la ejecución de un presupuesto equilibrado y equitativo**, teniendo presente que conforme al artículo 44 de nuestra Constitución uno de los deberes primordiales del Estado es promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de las Nación, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos".

Como vemos, a diferencia de un empleador del régimen de la actividad privada, el Estado cuando asume el rol de empleador no tiene la misma discrecionalidad económica, por cuanto el presupuesto público es el que determina si es viable o no el otorgamiento de incrementos remunerativos. Es allí donde la negociación colectiva debe ponderar y armonizarse con el interés público que sustenta las actuaciones de las instituciones públicas.

V. EL CASO DE LAS EMPRESAS REGULADAS POR EL FONAFE

En este punto, queremos precisar que las empresas públicas que pertenecen a la actividad empresarial del Estado, usualmente no se encuentran sometidas a las normas del Sector Público, salvo en los casos que ello haya sido fijado por ley

expresa. Los trabajadores que pertenecen a este tipo de empresas se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, siendo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), el órgano encargado de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado y facultado para aprobar el presupuesto consolidado de cada una de las empresas que lo integran(9).

Al respecto, el artículo 40 de la Constitución excluye expresamente de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, de tal modo que los trabajadores de las empresas públicas no tienen para estos efectos la calidad de funcionarios o servidores públicos, por lo que, las normas que regulan la aprobación y gestión presupuestal de las empresas de la actividad empresarial del Estado antes mencionadas, son dictadas en concordancia con el artículo 77 de la Constitución. Siendo ello así, a estos trabajadores no les resultan aplicables las limitaciones establecidas en el artículo 42 de la Constitución.

En esa línea, en el **laudo arbitral del 6 de agosto de 2012: emitido en los seguidos por la Coalición Nacional de Sindicatos de Petroperú S.A. y Petróleos del Perú - Petroperú S.A.**, se señaló:

> "5.19 En el caso de los servidores públicos, el límite excepcional podría venir impuesto por el mandato constitucional de que el Estado mantenga un presupuesto equilibrado y equitativo. Ello en atención a que la Administración Pública se financia con los recursos de todos los peruanos, de modo que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sin límite alguno podría generar una afectación al interés público (por ejemplo, en contexto de crisis económica que se requiera una política de estabilización de Estado, y ello siempre en atención a limitaciones razonables que no vacíen de contenido el derecho constitucional a la negociación colectiva).
>
> 5.20 **En el caso de los trabajadores de las empresas del Estado sujetas a los lineamientos técnicos, financieros y limitaciones de FONAFE**, tal como es el caso de **PETROPERÚ, las restricciones al derecho a la negociación colectiva** (...) **NO se configuran en ningún caso, pues dichas empresas se financian con los recursos provenientes de su actividad empresarial.**
>
> 5.21 Adicionalmente a ello, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución (...) **el personal de estas empresas no tiene para estos efectos la calidad de funcionarios o servidores públicos**, siendo de incuestionable y plena aplicación, los derechos reconocidos en el artículo 28 de la Constitución y en el Convenio 98 de la OIT.

(9) De acuerdo con la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2000-EF.

> 5.22 (...) **las normas presupuestales deben respetar el contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que sus restricciones únicamente podrían afectar la capacidad de oferta de las entidades estatales o las empresas del Estado en los supuestos excepcionales, sin trascender a la parte sindical y mucho menos, al árbitro o los tribunales arbitrales**".

Adicionalmente, en el **Laudo Arbitral del 9 de mayo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Único de Controladores de Tránsito Aéreo (Sucta) y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A (Corpac)**, se precisó lo siguiente: "5.22 (...) admitir ciegamente las limitaciones presupuestarias podría significar que el derecho a la negociación colectiva quede supeditado a un acto de autoridad, en este caso, del propio Estado que es la propia contraparte en el proceso negocial; es decir, que exista o no el derecho a la negociación colectiva dependería, en cada caso concreto, de que el Estado, actuando como juez y parte, decidiera a priori adjudicar o la respectiva partida presupuestaria, de modo que **alcanzaríau efectivo derecho a negociación aquellos trabajadores a los que el Estado les asignara presupuesto, mas no aquellos a quienes no lo hiciera (máxime si en el presente caso) se trata de trabajadores que prestan servicios dentro de la actividad empresarial del Estado y los recursos del empleador no provienen de partidas presupuestarias de este último sino de la propia generación de recursos**".

De los laudos emitidos, apreciamos que a las empresas reguladas por el Fonafe no les resultan aplicables los límites a la negociación colectiva previstas para los servidores públicos, toda vez que sus fuentes de financiamiento recaen en recursos propios.

Sin embargo, ello no es óbice para que dicho fondo Fonafe pueda emitir lineamientos sobre la negociación colectiva de las empresas a su cargo, toda vez que el ejercicio de este derecho tiene un impacto directo en el presupuesto y en la gestión del personal de las empresas. Fonafe debe hacerlo en respeto del contenido del derecho constitucional a la negociación colectiva, pues de trasgredir el mismo, los lineamientos serían inconstitucionales y por tanto inválidos; así como del desarrollo legal de dicho derecho constitucional, realizado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS), en sus informes N° 335 y N° 355, se pronunció sobre los "Lineamientos para la negociación colectiva de las empresas bajo el ámbito de Fonafe" recogidos en el Oficio Circular N° 009-2008/DE-FONAFE, sin rechazar la posibilidad de que una entidad como Fonafe dictamine pautas para la negociación colectiva en empresas del Estado.

En particular, en el informe N° 355, recaído en el caso N° 2639, con ocasión de una queja de la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú que argumentaban una injerencia del Fonafe en los procedimientos de negociación colectiva

de las empresas del Estado a través de sus lineamientos, el CLS señala expresamente lo siguiente:

> "1008. El Comité estima que estos lineamientos se refieren por una parte a la determinación de los representantes del empleador cuando se trata de negociaciones colectivas en empresas públicas, así como a los parámetros dentro de los cuales deben negociar y el control del cumplimiento de los mismos. Teniendo en cuenta que los presupuestos globales son adoptados previamente por otros órganos públicos, el Comité estima que la exigencia de un control de la dirección de la empresa en las propuestas finales de negociación por parte de los negociadores de la empresa no infringe los principios de la negociación colectiva".

De manera que el CLS no cuestiona la posibilidad de que Fonafe emita dichos lineamientos, limitándose a examinar su contenido.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A través del repaso de recientes laudos emitidos en arbitrajes que resuelven negociaciones colectivas en el Sector Público, hemos podido apreciar que existen razones suficientes para tener una interpretación coherente del mencionado derecho constitucional y las normas presupuestales. Lastimosamente, el diseño de las leyes de presupuesto tiene una marcada posición en restringir el ámbito de aplicación de la negociación colectiva no solo en el trato directo, sino en el arbitraje. Por tales motivos, en muchos casos se ha optado por aplicar el control difuso contra aquellas disposiciones normativas que hagan inoperante la negociación colectiva. Por otro lado, en sede arbitral se ha repensado la idea y se ha propuesto conciliar los intereses en juego, por un lado, la autonomía colectiva y de otro, el interés público. Esta situación conlleva a admitir que existen limitaciones válidas basadas en razones presupuestales, pero ello no significa que puedan prepararse ofertas para evaluarlas en una negociación colectiva. Para tal efecto, las partes negociadoras deberán contar con un sustento técnico-económico que determine la viabilidad de las peticiones, su impacto económico en la institución y su proyección en el tiempo. Todo ello definirá su procedencia o no.

¿LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN HUELGA MEDIANTE EL ESQUIROLAJE INTERNO CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?

Frank ESPINOZA LAUREANO
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO **I.** El esquirolaje interno; **II.** La legalidad como principio aplicable al procedimiento sancionador de la Inspección del Trabajo; **III.** El mandato de tipicidad como corolario del principio de legalidad; **IV.** La prohibición de la analogía; **V.** Las cláusulas de interpretación analógica; **VI.** Conclusiones.

El numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR) tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: "[...] La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo. [...]".

Teniendo en cuenta ello, se ha suscitado la polémica acerca de si se podría incluir dentro de las conductas infractoras tipificadas por esta norma a la sustitución de trabajadores en huelga mediante movilizaciones internas de personal (esquirolaje interno).

La presente ponencia tiene por objeto responder esta interrogante, respecto de la cual la Autoridad Administrativa de Trabajo ya expresara su opinión a favor, en su momento.

I. EL ESQUIROLAJE INTERNO

Pedrajas Moreno y Sala Franco(1) señalan que, "aunque genéricamente, conforme al Diccionario de la RAE, se entiende por 'esquirol' 'el obrero que trabaja cuando hay huelga', también el término hace referencia al obrero 'que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista'. A partir de esta segunda acepción, se viene a entender por 'esquirolaje' la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga (esquirolaje externo), bien por trabajadores de la propia empresa, no huelguistas, a los que se les modifica las condiciones de lugar, tiempo y/o modo del trabajo (esquirolaje interno)".

Así, constituyen modalidades de esquirolaje interno:

- El empleo de trabajadores de otro centro de trabajo de la misma empresa, los cuales son trasladados únicamente con ese fin al centro afectado por el conflicto.
- La asignación de las tareas que dejan de realizar los huelguistas a otros trabajadores del propio centro de trabajo que habitualmente no se encargan de ellas, recurriendo para ello a la movilidad funcional horizontal o descendente.
- El incremento de la jornada laboral o la realización de horas extras por parte del personal no huelguista que labora en el mismo centro de trabajo y realiza labores similares a las de los participantes en la protesta, con el objeto de cubrir así el vacío dejado por la ausencia temporal de estos(2).

Cabe anotar, que en el caso español se presenta una situación similar a la de la legislación nacional, puesto que la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) tampoco contempla de manera expresa al esquirolaje interno dentro de las conductas infractoras destinadas a vulnerar el derecho de huelga(3).

(1) PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. "Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga". p. 3. En: <http://www.abdon-pedrajas.com/docs/NN-049.pdf>. (página web revisada el 31/08/2012).

(2) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. p. 36. Sanguineti menciona una tercera modalidad de esquirolaje: el esquirolaje virtual, consistente en sustituir la prestación física de los trabajadores huelguistas por otro tipo de prestaciones, las cuales pueden ser puestas en marcha por el empleador sirviéndose de las nuevas tecnologías de la información, o incluso llegar a ser realizadas, directamente y de forma automática, por las máquinas. En esa línea, el Tribunal Supremo español determinó que el derecho de huelga había sido vulnerado, cuando "Canal Sur Satélite" optó por desviar la señal que emite desde el centro de producción de Málaga (cuyos trabajadores habían paralizado sus labores) a una unidad móvil situada en la localidad de Carmona, desde la que procedió a retransmitir la totalidad de su programación habitual (STS de 16 de marzo de 1998). Ibídem, pp. 36-38.

(3) El artículo 8.10 de la LISOS tipifica como infracción muy grave únicamente al esquirolaje externo:
"**Artículo 8. Infracciones muy graves**
Son infracciones muy graves:

Ello habría llevado a la doctrina ibérica a dividirse entre quienes consideran que la conducta en mención se encuentra permitida (al no estar prohibida) y quienes, por el contrario, estiman que se trata de una restricción del derecho de huelga que no ha sido autorizada por el legislador (como en el caso de los servicios esenciales a la comunidad)(4).

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España estableció, a través de la sentencia STC 123/1992, de 28 de setiembre, que el esquirolaje interno vulnera el derecho de huelga en tanto constituye un uso abusivo del *ius variandi*:

> "(...) La preeminencia de este derecho [de huelga] produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario (...) de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal (...).
>
> En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo (...)".

No obstante, para Pedrajas Moreno y Sala Franco la comisión del esquirolaje interno difícilmente podría ser sancionado administrativamente en España, a la luz del principio de tipicidad de las infracciones, pues, como ya se ha dicho, el artículo 8.10 de la LISOS se encuentra referido exclusivamente al esquirolaje externo(5).

II. LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

El literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, señala que "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

(...)
10. Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajaodres consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento (...)".

(4) PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. Ob cit., p. 10.

(5) Ibídem, p. 12.

El Tribunal Constitucional peruano ha ubicado en dicho dispositivo de la Carta Magna el fundamento para el principio de legalidad que opera como límite del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, tanto en la manifestación que corresponde al Derecho Penal como en la que se encuentra referida al Derecho Administrativo sancionador. Así lo señala en su sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, según la cual:

> "(...) 3. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2°, inciso 24, literal d) (...).
>
> 4. (...) A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del Derecho Penal moderno, este Tribunal también ha establecido, en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, que: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo sancionador (...)". (Fundamento jurídico N° 8) (...)".

Resulta pertinente señalar, que el principio de legalidad viene siendo enunciado desde el siglo XIX con el aforismo *"nullum crimen, nulla poena sine lege"* y dentro del Derecho Administrativo sancionador presenta los siguientes corolarios o mandatos: reserva de ley, tipicidad o taxatividad, irretroactividad de la norma sancionadora no favorable, y non bis in ídem[6].

III. EL MANDATO DE TIPICIDAD COMO COROLARIO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el caso del procedimiento sancionador de la Inspección del Trabajo, el artículo 52° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR), señala que resultan aplicables al mismo, aquellos principios que regulan la potestad sancionadora, previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Curiosamente, el mandato de tipicidad aparece regulado como un principio independiente[7] en el numeral 4 del artículo 230° de dicha norma:

(6) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General.* 2ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters - Aranzadi, 2010. p. 125 y ss.

(7) Ello puede relacionarse con lo que Alejandro Nieto denomina "el abuso nominal de principios generales del derecho", tan extendido en todas las ramas jurídicas, pero que en el Derecho Administrativo Sancionador alcanzaría uno de sus momentos culminantes. Aquí todos serían principios: el de legalidad, el de reserva legal, el de tipicidad, el de prescripción, etc. A modo de ejemplo, este doctrinario considera que la reserva de ley es una norma porque supone una orden concreta de que la infracciones y sanciones estén previstas en una norma jurídica de rango de ley. La tipicidad también es una norma porque expresa una orden concreta: la de que las infracciones y sanciones estén descritas previamente en un texto. Pero la legalidad, en cambio, no es una norma sino un principio, dada su abstracción, del que se derivan los dos corolarios anteriores. NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid, Tecnos, 2005. pp. 44-45.

(8) NIETO GARCÍA, Alejandro. Ob. cit., p. 297 y ss. GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. Ob. cit., p. 153 y ss.

> **"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
>
> La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
>
> (...)
>
> **4. Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (...)".

No obstante, la sentencia correspondiente al Expediente N° 2192-2004-AA/TC recoge la posición dominante de la doctrina administrativista[8] que incorpora al mandato de tipicidad dentro de las manifestaciones del principio de legalidad:

> "5. (...) El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (...)".

A su vez, la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC desarrolla los principales alcances del mandato de tipicidad, en los siguientes términos:

> "(...) 46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.
>
> Esta exigencia de 'lex certa' no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad,

admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (...) El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos (...).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que 'la exigencia de 'lex certa' no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada' (STC 69/1989).

(...)

51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (...)".

En torno a la tipificación, anota Juan Carlos Morón, pueden presentarse dos extremos perniciosos: la sobreinclusión (incorporación de supuestos que no participan de la necesidad de sanción) y la infra inclusión (exclusión de supuestos que sí deberían ser sancionables). La solución adecuada estaría en la línea de lo sintetizado por Nieto como la necesidad de "permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que 'cree' figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma"[9].

(9) MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". pp. 617-657. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 1. N° 7 (julio de 2006), p. 625.

IV. LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

En el plano del Derecho Comparado, el Tribunal Supremo español ha señalado que "no es necesario que el precepto legal realice una definición absoluta cuando la conducta ilícita que se pretende perseguir se resista, por su extensión, complejidad e imprevisibilidad, a ser regulada con exhaustividad, bastando cuando ello ocurra con el uso de otras técnicas de regulación, como pudieran ser los conceptos jurídicos indeterminados o el reenvío a otros grupos normativos. No es posible, sin embargo, extender por vía analógica el ámbito de la infracción aplicando el tipo establecido para una determinada conducta a otra distinta" (STS, Cont-Admtiva, 12 diciembre 1997, RJ 8869)[10].

Igualmente, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha establecido la prohibición de la analogía en la aplicación de las infracciones administrativas (Expediente N° 2192-2004-AA/TC, f. j. 4).

Según Javier Neves[11], la analogía es un método de integración que opera ante una laguna jurídica, el cual guarda semejanza con otro método de integración conocido como interpretación extensiva. Siguiendo al profesor, estamos ante la analogía "cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, y ante la interpretación extensiva, cuando nos movemos dentro de su marco institucional, pero ampliamos el supuesto de la norma. En ambos casos debe haber semejanza sustancial entre el elemento no regulado y el regulado, para poder emplear este para aquel".

En opinión de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales[12], el fundamento de la prohibición de la analogía en el Derecho Administrativo Sancionador, radicaría en que "la reserva de ley solo puede desarrollar toda su eficacia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria de cada funcionario público". Ello resulta concordante con el artículo 45° de la Constitución Política del Perú, según el cual: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

En síntesis, se puede afirmar que se consideran contrarias al principio de tipicidad todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables, sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor, al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización conlleva la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas[13].

(10) Sentencia citada por: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral". pp. 199-239. En: *Documentación Administrativa* N° 282-283, (setiembre de 2008), p. 207.
(11) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000.
(12) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi, 2010. p. 170.
(13) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 623.

V. LAS CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que para el Tribunal Constitucional peruano no es lo mismo hablar de analogía que de "cláusulas de interpretación analógica". En efecto, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, dicho Tribunal ha establecido que:

> "(...) 70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio lex certa de las 'cláusulas de extensión analógica'. Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo sentido literal posible regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.
>
> 71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139°, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (en este sentido, Hurtado Pozo: "A propósito de la interpretación de la ley penal". En: *Derecho* N° 46, PUCP, 1992, p. 89).
>
> Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos (Bacigalupo: "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo". En: *Revista Actualidad Penal*, N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atentan contra el principio de lex certa (...)".

Cabe anotar, que este criterio resultaría aplicable tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Administrativo sancionador, en virtud de lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional mediante la sentencia correspondiente al Expediente N° 2192-2004-AA/TC (reseñada en el punto 2 de la presente ponencia).

En consecuencia, teniendo en cuenta el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución, siempre que la tipificación de una infracción administrativa contenga supuestos ejemplificativos que permitan al intérprete aplicar la misma norma a otros supuestos análogos, se estará actuando dentro de los límites del mandato de tipicidad que rige el Derecho Administrativo sancionador.

Por último, podemos anotar que la figura introducida por el Tribunal Constitucional equivaldría a las "cláusulas generales de analogía" a que alude la doctrina

española[14], en virtud de las cuales "es el propio legislador el que recurre a la analogía en su descripción de la conducta típica al establecer una serie de conductas punibles e incluir en la descripción la referencia a supuestos análogos. (...) En todo caso, se ha indicado que en estas hipótesis nos situamos en el plano de creación del Derecho, no en el de su interpretación o aplicación, por lo que no nos encontramos ante hipótesis sin más inconstitucionales por vulnerar la prohibición de analogía".

VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR) tipifica como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales diversas conductas que se encuentran relacionadas con el esquirolaje externo.
2. El mandato de tipicidad, que es un corolario del principio de legalidad, prohíbe la aplicación analógica de las infracciones en el Derecho Administrativo sancionador.
3. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que siempre que la tipificación de una infracción administrativa contenga supuestos ejemplificativos que permitan al intérprete aplicar la misma norma a otros supuestos análogos, se estará actuando dentro de los límites del mandato de tipicidad (Expediente N° 010-2002-AI/TC).
4. Por lo tanto, consideramos que el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo ha sido diseñado normativamente como una "cláusula de interpretación analógica", de modo que el mismo comprendería dentro de su ámbito de aplicación a otros supuestos análogos al esquirolaje externo, tales como el esquirolaje interno o incluso el novísimo esquirolaje virtual.

(14) GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo. Ob. cit., p. 172.

LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SINDICATOS MINORITARIOS

Álvaro GARCÍA MANRIQUE
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

I. Introducción; **II.** Noción de autonomía colectiva; **III.** Afiliación al sindicato minoritario; **IV.** La mayor representatividad sindical y los sindicatos minoritarios; **V.** La aprobación y efectos de la huelga en caso de sindicato minoritario: escenarios de unidad y pluralidad sindical; **VI.** Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de unidad sindical postula la existencia de una única organización sindical en un ámbito determinado, por decisión soberana de los trabajadores precisamente comprendidos en ese ámbito específico. Se entiende por ámbito, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo Nº 011-92-TR (Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), a los niveles de empresa, categoría, sección o establecimiento de aquella; así como la rama de actividad, gremio u oficios varios.

Unidad sindical se distingue de otro concepto, el de unicidad sindical, en tanto esta viene impuesta por la ley, aunque coinciden en la preferencia por un único sindicato en un ámbito en particular. Nuestro ordenamiento jurídico, a partir de lo establecido por el artículo 2 del Convenio OIT Nº 87, ratificado por el Estado peruano, repudia la unicidad sindical en tanto establece que "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes".

La unicidad sindical como opción legislativa tiende a buscar la centralización y concentración de la actividad sindical y de las relaciones laborales colectivas de manera que exista un solo centro de imputación e interlocutor en un ámbito

de negociación, lo que se presume fortalece la acción gremial; sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional y supranacional la repudian en la medida que lesiona la libertad de constituir organizaciones de trabajadores, como componente del derecho de libertad sindical. Por la vía legal no se puede imponer la existencia de un "monopolio sindical" ni directa ni indirectamente(1); si acaso existe una única organización sindical tendrá que ser una circunstancia que responda a la libre y exclusiva decisión de los trabajadores(2).

Se opone a ambos un tercer concepto, el de pluralidad sindical, el cual reconoce el derecho de los trabajadores a que exista más de un sindicato en un mismo ámbito, y que jurídicamente se sostiene en el mismo Convenio OIT N° 87(3), por ejemplo, dos o más sindicatos en una misma empresa. Si queremos esgrimir un argumento adicional que sustente la pluralidad sindical como opción de nuestro sistema jurídico, lo encontramos también en el artículo 28 de la Constitución Política que, al consagrar el derecho de sindicación, impone al Estado la obligación de cautelar el ejercicio democrático de ese y otros derechos (negociación colectiva y huelga). Los trabajadores tienen el derecho irrestricto de elegir a qué organización sindical preconstituida se afilian, o cuál descartan, o constituir una nueva organización si acaso ninguna de las existentes les atrae o les resulta conveniente, si acaso deciden sindicalizarse. El derecho de libertad sindical, en ese panorama de libre elección, supone también su ejercicio democrático.

La pluralidad sindical suele conllevar entonces, como primera consecuencia visible, la existencia de sindicatos mayoritarios y, por oposición natural, también la de otros sindicatos numéricamente en desventaja respecto de aquellos, a los que llamaremos minoritarios.

No se es mayoritario o minoritario porque sí. Se es mayoritario o minoritario en un contexto y ámbito específicamente delimitados, ya que se precisa contar con factores de referencia para calificarlos de una manera u otra; aunque la existencia de uno no presupone dialécticamente la del otro en el mismo ámbito ya que bien podrá existir un sindicato mayoritario sin que exista uno minoritario en el mismo nivel o

(1) La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha establecido que "(...) la ley no deba institucionalizar un monopolio de hecho; incluso en caso de que la unificación del movimiento sindical haya contado, en un momento dado, con la aquiescencia de todos los trabajadores, estos deben seguir gozando de la libertad de crear, si así lo desean, sindicatos al margen de la estructura establecida (...)". En: *Estudio General 1994. Libertad sindical y negociación colectiva*. Parágrafo 96.

(2) El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha expresado que "la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los principios de la libertad sindical". En: "La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". Parágrafo 321. Puede verse en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf>.

(3) En palabras del profesor Alfredo Villavicencio, "la unicidad sindical está proscrita, la unidad es deseable y la pluralidad ha de ser posible". En: "La libertad sindical en el Perú". Lima: Oficina Internacional del Trabajo / Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos. Año 1999. pp. 31-32.

ámbito, o viceversa puede existir un sindicato minoritario sin necesidad que exista el mayoritario. En lo sucesivo analizaremos la representatividad sindical y el derecho de huelga, de preferencia en el contexto de pluralidad sindical, aunque también en algunos pasajes lo haremos situándonos en el escenario de unidad sindical.

Para estos efectos debemos entender por sindicato mayoritario al que agrupa a la mayoría de trabajadores del ámbito y no al que tenga simplemente más afiliados que las demás organizaciones de su mismo ámbito.

Los beneficios y privilegios que la ley asigna a los sindicatos mayoritarios suelen ser, a su vez, los perjuicios de las organizaciones minoritarias. Perjuicios que limitan o enervan el ejercicio de su autonomía colectiva y el desarrollo de su actividad sindical, como se ensayará en líneas sucesivas.

II. NOCIÓN DE AUTONOMÍA COLECTIVA

Según el profesor Alfredo Villavicencio, la autonomía colectiva puede ser definida como "el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)"(4). La autonomía colectiva reconoce tres manifestaciones del mismo derecho: autonomía reguladora, autonomía normativa y autotutela.

Las organizaciones de trabajadores gozan de plena autonomía para regularse a sí mismas, dentro del marco de la ley, y fijar así sus estatutos y reglamentos internos (autonomía reguladora); también tienen plena capacidad para participar en la generación de normas jurídicas que regulen las relaciones laborales en un determinado ámbito, respetando la jerarquía propia de las fuentes del Derecho del Trabajo (autonomía normativa). Y, finalmente, por la autonomía colectiva les asiste también el derecho de ejercer dentro de los parámetros legales mecanismos de presión oponibles al empleador para el logro de sus objetivos y respeto de los acuerdos, a través de la huelga (autotutela). Para que exista propiamente autonomía colectiva estos tres elementos deben presentarse de manera conjunta; la inexistencia de tan solo uno de ellos resquebrajará su goce y ejercicio plenos(5).

Debe quedar claro que la autonomía colectiva no es un derecho exclusivo de las organizaciones sindicales formalmente constituidas. Un colectivo de trabajadores impedido de constituir propiamente un sindicato por no reunir el número mínimo

(4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "El principio de autonomía colectiva". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano - Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Grijley. Segunda edición, 2009, p. 34.

(5) Sobre el particular, el propio Villavicencio señala que "nos encontramos ante un complejo mecanismo de relojería, en el que las facultades integrantes se encuentran vertebradas estructuralmente, de manera que solo se puede hablar de autonomía colectiva, cuando los tres componentes centrales tienen un espacio suficiente y adecuado de desarrollo, o, visto desde otro ángulo, que la vulneración o recorte de alguna de ellas afecta esencialmente a la institución en su conjunto". Ibídem, p. 40.

de afiliados es también titular del derecho de autonomía colectiva, y lo ejercerá, por ejemplo, cuando designe delegados para negociar condiciones de trabajo con el empleador en los términos del artículo 15 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT). Lo mismo para un colectivo que, reuniendo sí el número mínimo, toma la decisión de constituir una organización sindical, en cuyo caso convocará a asamblea y elaborará un estatuto acorde a sus intereses y expectativas, y así estará ejerciendo su derecho de autorregulación –como componente de la autonomía colectiva– previamente a la ulterior existencia formal del sindicato. Es un derecho que existe y se ejerce con anterioridad y, si se quiere, también con prescindencia de un sindicato formalmente establecido.

Para nosotros, eso sí, el derecho que aquí se comenta pertenece exclusivamente al colectivo de trabajadores y no a cada trabajador en particular. Tanto la titularidad como el ejercicio del derecho son colectivos, a diferencia de otros derechos como el de huelga cuyo ejercicio si bien es exclusivamente colectivo y forma parte esencial de la autonomía colectiva, se reconoce que la titularidad también le pertenece a cada trabajador individualmente considerado(6).

La autonomía colectiva recoge como principal fundamento la garantía de que las organizaciones de trabajadores desarrollen a plenitud sus actividades gremiales, a fin de que se cumplan los objetivos consagrados por el artículo 2 de la LRCT, cuales son, el estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses y mejoramiento social de los trabajadores(7). Como está propuesto para esta ponencia, más adelante veremos que estos objetivos no necesariamente se cumplen a plenitud para los sindicatos minoritarios.

III. AFILIACIÓN AL SINDICATO MINORITARIO

Pueden ser razones que podrán esgrimir los trabajadores para justificar la pluralidad sindical: i) un elemento objetivo y común a todos los miembros de un grupo que los identifique y acerque entre sí y, al mismo tiempo, los aleje de otros (solo obreros o solo empleados, o solo trabajadores de un mismo centro de trabajo de los varios que tiene el empleador), o ii) mera afinidad sindical basada en la apreciación subjetiva y en las expectativas sobre qué se logrará con la afiliación (el trabajador elige el sindicato más antiguo o el que a su criterio cuenta con dirigentes más duchos en materia de sindicación).

(6) Según Monereo y otros, "no se puede prescindir de la dimensión colectiva del derecho de huelga y de la centralidad del momento colectivo en la dinámica huelguística, ya que, siendo un derecho individual se ejerce colectivamente". MONEREO PÉREZ, José Luis y otros. *Manual de Derecho Sindical*. Segunda Edición. Editorial Comares, 2006, p. 298.

(7) Alfredo Villavicencio, citando a Oscar Ermida Uriarte, señala que el objeto central de la actividad sindical "no es ni el individuo y su derecho de avocación, ni la organización sindical, sino la actividad sindical, la acción gremial o colectiva, exista o no una organización sindical estructurada". VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 37.

Dentro de este último podrá haber otro motivo igualmente sólido que persuada a uno o más trabajadores a afiliarse –no afiliarse o desafiliarse– a tal o cual sindicato ya existente. La razón será la presencia de un sindicato mayoritario en el mismo ámbito. En un escenario de pluralidad sindical, al momento de elegir el sindicato al cual se afilia o se desafilia, es indudable que el trabajador incluirá en su razonamiento aquel factor a partir de la presunción, relativa a nuestro entender, de que "a mayor número de afiliados más fuerte es [debiera ser] el sindicato, y así defenderá mejor mis intereses". Y esta es una apreciación subjetiva, que si bien parte de un elemento objetivo como es el número de afiliados, este por sí mismo no genera nada salvo un juicio de valor positivo sobre su fortaleza institucional, que obedece a la subjetividad de quien pretende afiliarse.

El trabajador elegirá probablemente la organización sindical que, excluyéndose a él del cómputo, reúna de por sí a la mayoría de trabajadores del ámbito, o incluyéndose alcance la mayoría, o sea inminente que así ocurrirá en algún momento. Su afiliación, entonces, no será más que la reafirmación y/o consolidación de esa supremacía. En cierto modo la decisión del trabajador que va a elegir sindicato se verá influenciada por aquella variable, y por otras también, qué duda cabe.

En términos severos, los sindicatos minoritarios se muestran menos atractivos para los nuevos trabajadores que se incorporen al mismo ámbito donde aquellos se sitúan y operan, sobre todo en un escenario sindical plural. Es más, lo mismo sucede para los trabajadores "antiguos" ya sindicalizados, quienes tampoco encontrarán mayor incentivo para desafiliarse de su sindicato [mayoritario] y pasar a formar parte de aquel otro que por ahora es minoritario. Una decisión distinta de ese trabajador implicará, por lo menos, que ponga en riesgo su situación sindical. Entonces, a menos que el trabajador afiliado al mayoritario visualice un eventual crecimiento a futuro de la organización minoritaria y tome la decisión de potenciarla, quizá concertándolo con otros correligionarios, creemos que el apartarse del sindicato mayoritario para integrar el minoritario no sea probablemente la mejor decisión que pueda tomar en el corto plazo. Seguramente no lo hará. Si a ello le agregamos que la multiafiliación viene restringida en el sentido que existe el impedimento legal de que un mismo trabajador se afilie a dos sindicatos de un mismo ámbito(8), se concluye que cada nuevo trabajador que se afilie al sindicato mayoritario y que descartó afiliarse al minoritario vendrá a extender, aún más, la diferencia entre uno y otro.

La situación puede agravarse. Los afiliados al sindicato minoritario, en tanto esta condición perdure obstinadamente en el tiempo, quizá opten incluso por renunciar a su organización sindical para integrar las filas del sindicato mayoritario. Recuérdese que la renuncia a cualquier organización sindical –sea mayoritaria o minoritaria– puede ser efectuada en cualquier momento y sin expresión de causa,

(8) Artículo 12 inciso c) de la LRCT.

incluso sin necesidad de preaviso, sin que sea posible, a nuestro criterio, que el estatuto del sindicato imponga requisitos contrarios[9]. La exigencia de contar con un mínimo de veinte afiliados no viene establecida únicamente para constituir el sindicato sino también para que el mismo siga subsistiendo como tal, entonces, no es descabellado pensar que lo comentado entraña el riesgo incluso de que el sindicato minoritario desaparezca y se cancele su registro, si acaso se presenta el escenario de masiva migración de sus afiliados. No será más que el preludio de un "monopolio sindical", ora por la vía de los hechos y por decisión de los trabajadores.

Ahora bien, es cierto que en un escenario de pluralidad sindical y negociación colectiva, según el artículo 9 de la LRCT el sindicato mayoritario asume la representación de todos los trabajadores del ámbito, incluyendo a los no afiliados y a los afiliados al(los) sindicato(s) minoritario(s), lo que en principio podría llevar a pensar que un trabajador no sindicalizado y uno afiliado a la organización minoritaria, por igual, no tendrían mayor incentivo para sindicarse o migrar al mayoritario, pues siempre se sentirán seguros ya que contarán con el respaldo de la organización numéricamente aventajada mientras subsista esta condición; para nosotros en rigor no es tan así. En efecto, es cierto que el sindicato mayoritario negocia no solo sus propios intereses sino también los de los demás, ante quienes igualmente debe responder, pero también es cierto que no hay mejor defensor de propios intereses que uno mismo.

IV. LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y LOS SINDICATOS MINORITARIOS

La pluralidad sindical, dada la diversidad de organizaciones sindicales, hace que las relaciones laborales tiendan a dispersarse en lugar de concentrarse. Hacemos nuestra la apreciación del profesor Alfredo Villavicencio cuando expresa que "de un lado, la contraparte empresarial tendrá dificultades a la hora de vislumbrar su interlocutor, y de otro, el colectivo laboral representado por varias organizaciones tendrá mucho menos capacidad de presión y, por tanto, la acción sindical perderá eficacia"[10].

Si se quiere, la pluralidad sindical hace más colectiva a las relaciones colectivas. Las atomiza y complejiza en la medida que dispersa la fuerza sindical, fragmentando el poder y distribuyendo las cuotas de ese poder a más de una organización sin consolidarlas en solo una de ellas. En otras palabras, "muchos tienen un poco de poder" o lo que equivale a decir que "nadie tiene todo el poder".

(9) Naturalmente, el renunciante deberá haber cumplido con su obligación de cancelar las cuotas sindicales hasta la fecha de su renuncia, en los términos del artículo 25 de la LRCT.

(10) En: '*La libertad sindical en el Perú*'. Oficina Internacional del Trabajo / Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos, Lima, 1999, p. 60.

Es por ello que se hace necesario establecer algún mecanismo para elegir a la organización sindical que prevalezca de entre todas las existentes en el mismo ámbito, concentre en sí misma todo el poder de negociación y asuma la representación ante el(los) empleador(es), y con ello garantice la eficacia de la acción gremial de los trabajadores del ámbito y se reduzca el riesgo de dispersión al que nos hemos referido. Es lo que se conoce como la mayor representatividad sindical, y que ciertamente ha encontrado en la doctrina algunas opiniones en contra por los principios que están en juego[11]. Indudablemente que toda elección supone favorecer a uno en desmedro de otro(s), por lo que los criterios de selección debieran ser objetivos y no discriminatorios. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha expresado que: "el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable" y que "los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso", añadiendo que "deben existir en la legislación criterios objetivos, precisos y previamente establecidos para determinar la representatividad de una organización de empleadores o de trabajadores, y dicha apreciación no podría dejarse a la discreción de los gobiernos"[12].

Nuestra legislación ha optado por el criterio del número de afiliados como el único determinante para elegir al sindicato más representativo, siendo el caso que tendrá esa condición el que agrupe a la "mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito". Es decir, al sindicato mayoritario. Entiéndase por mayoría absoluta a la mitad más uno de todo el universo de trabajadores con vínculo laboral vigente, con prescindencia de la naturaleza de su contrato de trabajo (a plazo indefinido, a plazo fijo, tiempo parcial, etc.), de la nacionalidad del trabajador (peruano o extranjero), de la situación especial del vínculo laboral (suspendido de manera perfecta o imperfecta), de la edad del trabajador (mayor o menor de edad), su situación sindical (no afiliado o afiliado a un sindicato minoritario) e incluso del cargo que ocupan. Sobre este último punto, para nosotros se deberá incluir en el conteo también a los trabajadores de dirección y de confianza ya que el artículo 9 de la LRCT no hace distinción al respecto, es más señala que el universo

(11) Alfredo Villavicencio se expresa a favor de la mayor representatividad sindical al señalar que ella "no solo no contradice las exigencias del principio de libertad sindical sino que constituye un mecanismo necesario para impedir, valga el juego de palabras, que la libertad sindical (formal) vaya contra la libertad sindical (real)"; sin embargo reconoce que "esta solución (la mayor representatividad) no deja de producir ciertos recelos en la doctrina puesto que se considera que el privilegio de algunos sindicatos contradice la libertad sindical, tanto en lo referente a la multiplicidad e igualdad de los sindicatos, cuanto, en lo que hace a la libre afiliación, al condenar a las organizaciones que no hayan obtenido tal calificación a perder todo atractivo por su práctica inoperancia". Ibídem, p. 60.

(12) En "La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". Párrafos 346, 347 y 348. Puede verse en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf>.

de trabajadores donde se exige tener mayoría absoluta incluye a los no afiliados, y aquellos encajan en ese supuesto pues bien pueden no estarlo[13].

Por ejemplo, si en una empresa de 100 trabajadores existe un sindicato que agrupa por lo menos a 51 de estos, asume la representación incluso de los otros 49. Ese sindicato es mayoritario y sea cual fuere el escenario, unidad o pluralidad, viene a gozar del privilegio de asumir el poder de representación de sus afiliados y de todos los demás trabajadores comprendidos en el ámbito, aunque estén afiliados a sindicatos minoritarios o no estén afiliados a ninguno. El sindicato mayoritario no solo será el que ostente la mayor fortaleza pues agrupa a la mayoría sino que también será, y por mandato de la ley, el más representativo, lo que naturalmente aumenta aún más su atractivo de afiliación. En el contexto de unidad sindical, la organización mayoritaria no desplaza a un minoritario sino que únicamente se reafirma a sí misma como la contraparte del empleador; en un escenario de pluralidad sindical hay igual coincidencia pero aquí sí el mayoritario vence al(los) minoritario(s), relegándolo(s) a un segundo plano.

¿Es un criterio justo el elegir al sindicato mayoritario? ¿Existen otros criterios de selección iguales o más equitativos que no se relacionen con el número de afiliados? Sin duda que el factor numérico es un criterio objetivo de diferenciación, no nos oponemos a ello, aunque sí encierra la problemática de que de por sí, en un escenario de pluralidad, el sindicato mayoritario goza ya de mayor atractivo para la afiliación, al punto de que puede derivar en la desafiliación y posterior migración de los trabajadores del sindicato minoritario, incluso la desaparición de este. El atractivo del sindicato mayoritario viene establecido, por tanto, no solo en la fuerza de la organización que se percibe en los hechos sino que es el Derecho, a través de la ley, el que acentúa ese atractivo. Las nuevas afiliaciones no solo consolidarán la posición del sindicato mayoritario y consecuentemente su mayor representatividad, sino que podrá hacer inalcanzables las diferencias existentes con los sindicatos minoritarios, de haberlos. En el escenario de unidad sindical, a su turno, existen también desincentivos, pero no de afiliarse a un sindicato minoritario (pues no lo hay) sino con el mismo sindicato mayoritario, en tanto los no afiliados también se benefician de lo obtenido por ese único sindicato del ámbito (mayoritario). En este escenario de unidad, podría decirse que el único sindicato del ámbito y que es mayoritario hasta tendría la intención de dejar de serlo y, con ello, dejar de extender sus logros en la negociación colectiva a personas que decidida y deliberadamente no quieren afiliarse a él, claro está mientras persista la unidad y no hayan visos de que surgirá otra organización sindical que le plantee competencia. Es claro que en este supuesto los trabajadores no afiliados reciben "cómodamente" lo obtenido por otros, sin mayor esfuerzo.

(13) Recuérdese que los trabajadores de dirección y de confianza solo pueden afiliarse a una organización sindical si el estatuto de esta se lo permite. Lo usual es que no lo haga ya que suelen ser percibidos por los demás trabajadores como "enclaves" del empleador.

Ahora, según recientes sentencias expedidas por la Corte Suprema (Casaciones Nº 2864-2009-Lima y Nº 602-2010-Lima), los efectos del convenio colectivo que celebre un sindicato minoritario, en un escenario de unidad sindical, se extenderán también a los no afiliados. Esgrime la Corte Suprema que lo que dispone el artículo 9 de la LRCT debe ser interpretado necesariamente a la luz del principio de igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y al criterio vinculante del convenio colectivo a que se refiere el artículo 42 de la LRCT. Nos parece errático el argumento de la Corte y, en lo que al tema que hoy nos ocupa, entorpece el crecimiento al que seguramente aspira todo sindicato minoritario aunque sea el único del ámbito y no compita con otro, ya que los no afiliados también se beneficiarán del producto de la negociación como si la única organización del ámbito fuese mayoritaria[14]. Dicho de otro modo, sentencias como las que se citan hacen que el sindicato minoritario siga siéndolo.

Volviendo al criterio numérico de asignación de mayor representatividad, creemos que sí se trata de una pauta que admite la movilidad y no el enquistamiento. Esto, quizá también lo convierte en la pauta de elección más justa. Un sindicato que hoy es mayoritario –luego, más representativo– podrá dejar de serlo mañana; y el sindicato que hoy es minoritario devendrá en mayoritario y tendrá la mayor representatividad. No es un escenario de ocurrencia improbable. Los sindicatos minoritarios pueden diseñar ofertas que hagan atractiva la afiliación y dejen así su posición de desventaja. Ahondando, si tomamos como criterio de elección –contemplado en la doctrina– de antigüedad del sindicato, la situación nunca variará, a menos que desaparezca ese sindicato. Alienta el enquistamiento. Estamos también en contra de otro criterio, tal como es el de elegir al sindicato que haya celebrado más convenios colectivos, pues no solo desincentiva la paz laboral y las soluciones a los conflictos a largo plazo, sino que puede degenerar en situaciones de abuso de la posición de dominio del sindicato negociante.

Insistimos, nos parece adecuado el criterio numérico elegido por nuestra legislación, por los motivos antes explicados. Aunque la problemática de la mayor representatividad sindical viene dada no tanto por las pautas de elección sino, más bien, por las facultades y prerrogativas que ella confiere. La LRCT, evidenciando amplitud, no ha escatimado al establecer que la mayor representatividad otorga al sindicato mayoritario la representación "en materia de negociación colectiva", sin más ni más. A nuestro criterio, tendría que precisarse aún más ya que la negociación colectiva, en rigor, involucra la elaboración del pliego de reclamos y empieza

(14) Es más, ¿qué sucedería si hay pluralidad de sindicatos minoritarios? Sobre la Casación Nº 264-2009-Lima, el profesor Jorge Toyama señala que "(...) hay un supuesto que no sé cómo se va a resolver, consistente en aquel caso donde hay dos o más sindicatos minoritarios negociando en el mismo ámbito. En este supuesto se crea un 'sobrebeneficio' tras esta sentencia, porque un no afiliado recibiría los beneficios de un primer convenio colectivo firmado por un primer sindicato minoritario, y luego, si se suscribe otro convenio colectivo con otro sindicato minoritario, el no afiliado también tendría derecho a eso". Entrevista al Dr. Jorge Toyama Miyagusuku. En: *Revista Jurídica del Perú*. Gaceta Jurídica, 2011, p. 14.

con su ulterior presentación, y convengamos que sería un despropósito permitir que un sindicato, abusando de su posición, pretenda elaborar o imponer su criterio en el diseño del pliego de otra organización sindical. Y tampoco nos parece improbable que ello pueda ocurrir, ya que la estrategia de negociación de un sindicato mayoritario podría ser la de presentar al empleador un "pliego dócil o sumiso" en nombre del sindicato minoritario y lograr el favor del empresario, a cambio de un "pliego más ambicioso" en nombre de quienes son propiamente sus representados (sus afiliados). La ley lo deja al campo de las relaciones intersindicales.

En un escenario de pluralidad sindical, los efectos del convenio colectivo celebrado por el sindicato mayoritario se extienden también a los trabajadores afiliados al minoritario, pero convengamos que ello no quiere decir que no pueda plantearse, en esa misma negociación, el otorgamiento de beneficios destinados exclusivamente a los minoritarios. Por ejemplo, si el sindicato mayoritario es de empleados administrativos y el minoritario de obreros, aquel negociará por los dos grupos ocupacionales, pero en la negociación podrá pactar un bono que premie la especial labor de los obreros: una bonificación por contacto directo con materiales industriales, que solo aplica para los obreros que los manipulan y no para los administrativos. A esto nos referimos con manipular los pliegos; el sindicato mayoritario plantea al empleador como oferta reducir este bono a cambio de incrementar otro de aplicación solo a los empleados, que son sus afiliados.

El segundo de los tres derechos de que se compone la autonomía colectiva es el de autonomía normativa, que no es sino la facultad de crear normas jurídicas que regulen las relaciones laborales mediante el producto más frecuente de la negociación colectiva: el convenio colectivo. El derecho de autonomía normativa incluye, qué duda cabe, el de sentarse a negociar con el(los) empleador(es) las futuras cláusulas normativas, y demás está decir que cada organización sindical sabe qué es lo mejor para sus intereses y, sobre todo, cuál es la mejor estrategia para conseguirlo. No nos queda duda que es mucho mejor negociar por sí mismo que por medio de un tercero, pues no solo es derecho de los sindicatos que así sea sino que el mayoritario no necesariamente buscará lo mejor para sus "extraños", valga el término. Recordemos nuestro ejemplo anterior en que el sindicato más representativo puede manipular la negociación colectiva a fin de favorecer a sus afiliados antes que a los afiliados al sindicato minoritario, toda vez que es el único que se sentará con el empleador en la mesa de negociación.

Finalmente, cabe agregar que el mismo artículo 9 de la LRCT prevé la posibilidad de que la mayoría absoluta de los trabajadores sea obtenida conjugando dos o más sindicatos (léase minoritarios). Lógicamente, ello es de aplicación cuando no sea posible arribar a esa mayoría con un solo sindicato, en cuyo caso las organizaciones podrán conformar "alianzas" o "coaliciones" a fin de reunir la mayoría

requerida por la ley[15]. No sería de aplicación si ya existe un sindicato mayoritario pues este, por ser tal, ya ostenta individualmente la mayor representatividad sin necesidad de acudir a la ayuda de otra(s) organización(es) sindical(es), y a menos que otro sindicato del ámbito –minoritario, claro está– lo convenza de actuar en conjunto, queda claro que el sindicato mayoritario no tendrá mayor incentivo de renunciar a su natural posición dominante ni ceder parcialmente ese lugar de por sí expectante.

V. LA APROBACIÓN Y EFECTOS DE LA HUELGA EN CASO DE SINDICATO MINORITARIO: ESCENARIOS DE UNIDAD Y PLURALIDAD SINDICAL

La huelga puede ser declarada por la mayoría de los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito o por la organización sindical protagonista del conflicto. En este último caso, para que la huelga igualmente abarque a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito, el sindicato que adopte la decisión debe ser mayoritario (tanto en el escenario de unidad como de pluralidad sindical) y, naturalmente, que quienes hayan votado a favor de la huelga sean, en número, la mayoría de trabajadores del ámbito.

Es decir: i) que se haya aprobado por unanimidad de los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario, o ii) que sin haber sido unánime, los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario que hayan votado a favor de la huelga sean, a su vez, la mayoría de trabajadores del ámbito.

A manera de ejemplo gráfico. Para un sindicato mayoritario que agrupa a 100 trabajadores dentro de un universo de 120 trabajadores del mismo ámbito, y en el que no haya existido unanimidad de votos para ejercer el derecho de huelga, esta también podrá afectar a la totalidad del ámbito si de esos 100 por lo menos 61 votaron a favor de su realización. Esta última cifra (61) constituye, al mismo tiempo, tanto la mayoría de trabajadores afiliados al sindicato mayoritario como la mayoría de trabajadores comprendidos en el ámbito. Si solo votaron a favor 60 trabajadores o menos pero como mínimo 51, habrá huelga pero solo comprenderá a los trabajadores afiliados al sindicato mayoritario. Con menos de 51 votos simplemente no habrá huelga de los trabajadores afiliados, tanto menos de todo el ámbito.

Lógicamente, para que una huelga sea más efectiva y signifique en términos reales una verdadera medida de presión al empleador o grupo de empleadores tendría que abarcar a todos los trabajadores del ámbito (empresa, rama de actividad) y no solamente a una porción de ellos aun cuando pare las labores la mayoría de

(15) El artículo 9 de la LRCT señala que en estos casos, los sindicatos involucrados determinarán libremente la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. En caso de no existir acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.

trabajadores[16]. Mientras sean todos los trabajadores los que paralicen sus labores y abandonen el centro de trabajo, mayor angustia le causará al empleador y tendrá quizá mayor necesidad de negociar rápidamente una solución pacífica al conflicto ya desbordado y lograr detener la huelga (retomando el trato directo, aceptando el arbitraje voluntario, etc.), a fin de reiniciar los trabajos y restablecer la paz laboral[17].

Entonces, en el contexto descrito, la decisión de ejercer el derecho de huelga y que esta intimide, en términos reales, al empleador, no obligará necesariamente al sindicato mayoritario a tener que persuadir a los trabajadores afiliados a las organizaciones minoritarias [y a los no afiliados también] a que "cierren filas" y se alineen a su iniciativa. Y esto sucede tanto en un escenario de unidad como de pluralidad sindical. Basta con la sola decisión del sindicato mayoritario si fue aprobada por unanimidad de sus miembros o por un número de afiliados que represente a su vez la mayoría de trabajadores del ámbito, justamente por ser mayoritario, para que la huelga afecte a todo el ámbito.

Ahora, en caso de pluralidad sindical con el mayoritario en huelga, si acaso la voluntad de los afiliados al sindicato minoritario es no ejercer el derecho de huelga, por tener en ese momento buenas relaciones con el empleador o por las razones que tuvieren, esa voluntad viene diezmada ya que su oposición será ciertamente inútil. Si se quiere, "tienen derecho a voz pero no a voto". Sus trabajadores igualmente paralizarán las labores y abandonarán el centro de trabajo, aun contra su voluntad y, lo que es más, no se les remunerará por todo el tiempo de duración de la huelga ya que esta suspende de manera perfecta los contratos de trabajo.

Apreciamos, por ello, que la posición de los sindicatos minoritarios no pasa a ser, ni siquiera en este caso, protagónica ni trascendental, ya que sus miembros podrán incluso no ser convocados a la asamblea respectiva[18] para decidir si la huelga propuesta se ejerce y afecta a todo el ámbito, toda vez que basta con la decisión que adopten los afiliados a la organización mayoritaria[19]. Tienen, sí, derecho de iniciativa para someter a consulta la ratificación de la huelga, empero, esta ratificación se sujeta a los mismos requisitos establecidos para cuando ella fue aprobada. Aquí se le concede al sindicato minoritario, ya con mayor propiedad, derecho a voto, pero es muy probable que siga triunfando la mayoría pues a menos que el

(16) Salvo que se trate de una, valga el término, "gran mayoría". Por ejemplo, 96 de 100 trabajadores, que en los hechos es como si fuesen todos los trabajadores.

(17) El profesor Montoya Melgar lo resume así: "la huelga típica es un medio de presión laboral con cuyo ejercicio se quiere, más que exteriorizar o dar formalidad jurídica a una controversia de hecho, forzar al antagonista laboral –la asociación patronal, el empresario o empresarios afectados por la contienda– a adoptar un comportamiento con el que se satisfaga el interés de los trabajadores y, al hacerlo, se dé solución al conflicto colectivo". MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 19ª edición Tecnos, Madrid, pp. 715-716.

(18) O siendo convocados, actúen como "convidados de piedra", si vale el término.

(19) De acuerdo a lo establecido por el artículo 62 del Reglamento de la LRCT, la decisión debe ser adoptada de acuerdo al estatuto del sindicato pero que, en todo caso, debe representar la voluntad de la mayoría de los afiliados votantes asistentes a la asamblea. Lógicamente, se cumplirá también el requisito si quienes votan a favor de la huelga constituyen la mayoría de trabajadores afiliados al sindicato mayoritario.

sindicato mayoritario varíe su posición inicial, continuará la paralización[20]. El derecho de autotutela, integrante de la autonomía colectiva, presupone, entre otros, decidir libremente si se hace uso de ella o no; atributo que ciertamente viene enervado en este caso.

El empleador que es notificado del aviso de huelga decidida por el sindicato mayoritario, bien podrá acatarla con resignación y negar el ingreso a todos los trabajadores incluyendo a los minoritarios, precisamente porque la huelga aprobada afecta a todo el ámbito. Aprovechará la paralización, quizá, para ahorrar costos de energía, etc. Si, por el contrario, los minoritarios, con asentimiento del empleador, permanecen en el centro de trabajo, realizarán sus labores aunque no podrán cubrir a sus compañeros huelguistas ya que se prohíbe, aunque no a nivel legal, el esquirolaje interno.

Por otro lado, en un escenario donde no exista un sindicato mayoritario sino varias organizaciones minoritarias, la huelga que declare una de ellas solo se extenderá, en principio, a sus afiliados, a menos que se alíe con otro(s) sindicato(s) minoritario(s) y alcancen, en conjunto, la mayoría de trabajadores requerida por la ley para que la huelga afecte a todo el ámbito. A diferencia del caso anterior, en este supuesto cada sindicato minoritario sí goza de protagonismo y sus decisiones serán relevantes para el desenlace de un conflicto cuyo desborde al parecer es inminente.

Sí se puede presentar una particularidad en el caso que los dos o más sindicatos minoritarios que se alíen no abarquen en conjunto a la mayoría de los trabajadores del ámbito (menos del 51%) o lo hagan sin margen de error (exactamente el 51%). No queda duda que en el primer caso tendrán que buscar nuevos aliados, caso contrario la huelga solo comprenderá a sus afiliados. En el segundo caso, necesariamente tendrán que obtener el voto unánime de todos sus afiliados pues bastará que uno de ellos vote en contra para que no se alcance la mayoría de trabajadores del ámbito y, en consecuencia, la huelga no afecte a todo el ámbito, sino únicamente a los sindicatos que conformaron la coalición. Tarea difícil pero no imposible.

Si el sindicato minoritario que declara la huelga afilia a trabajadores de un mismo sector o área de la empresa que es neurálgica o esencial para el funcionamiento de la compañía, su sola declaración de por sí pondrá en situación de aprieto al empleador. Pero, al ser hoy una modalidad irregular de huelga conforme al artículo 81 de la LRCT, no procederá bajo pena de ilegalidad de la medida y despidos en caso que los trabajadores persistan en materializarla. En consecuencia, para un mejor ejercicio del derecho de huelga cuando se extienda solo a sus afiliados, el sindicato minoritario deberá afiliar a trabajadores de diversas secciones de la empresa y no exclusiva ni mayoritariamente a trabajadores de una sección neurálgica.

(20) El artículo 80 de la LRCT señala que: "cuando lo solicite por lo menos la quinta parte de los trabajadores afectados, la continuación de la huelga requerirá de ratificación. La consulta se sujetará a los mismos requisitos de la declaratoria de huelga".

Volviendo a la aprobación de la huelga, no queremos dejar de señalar que en toda votación destinada a aprobar o desaprobar la iniciativa de huelga, aunque no lo parezca, la exigencia de unanimidad puede beneficiar más al sindicato que la exigencia de mayoría. Nos explicamos; si la ley exigiera unanimidad indirectamente desincentivaría el voto en contra ya que el afiliado cuya voluntad es justamente oponerse a la huelga sabrá que bastará su voto para que la iniciativa se desestime, lo que llevará a que muy probablemente manifieste una voluntad distinta y vote a favor de la huelga por temor a las represalias o señalamiento por parte de sus correligionarios. Y no olvidemos que estas votaciones no suelen ser anónimas ni secretas. Vemos claramente que quien se beneficiará será el sindicato convocante. Contrariamente, la exigencia de mayoría no desincentiva el voto en contra de la huelga, pues quien tiene esta voluntad contraria sabe que su opción no desestimará de por sí la iniciativa de huelga y, entonces, no tendrá mayor inconveniente para oponerse a ella en la asamblea; salvo el voto de aquel otro afiliado también opositor que por cuestiones de orden en la votación sea el determinante en tiempo real del resultado del escrutinio, cuya situación será similar a la del caso anterior y que podría presentarse.

Ahora bien, en cualquier caso de unidad o pluralidad sindical, la huelga declarada por el sindicato minoritario se extenderá únicamente a sus afiliados, siempre que la mayoría de ellos haya votado a favor de la medida. De aceptarse legalmente la posibilidad de ejercer el derecho de huelga dentro de las instalaciones del centro de trabajo (sin abandono), como que existe una propuesta legislativa que oportunamente se debatirá, el ejercicio de este derecho podría acarrear algunos inconvenientes. Durante una huelga los trabajadores suelen realizar proclamas, arengas o discursos, y permitirse una huelga sin abandono del centro de trabajo tendría como consecuencia autorizar que dichas manifestaciones sean realizadas al interior del centro de trabajo. Sería difícil, en ese contexto, garantizar que los trabajadores no alineados a la huelga (que en el ejemplo propuesto serían la mayoría del ámbito) puedan seguir laborando con normalidad y eficiencia, teniendo al lado, quizá a muy pocos metros de distancia, a compañeros de trabajo realizando arengas.

VI. REFLEXIONES FINALES

Que no se nos malinterprete. La mayor representatividad es la solución más pacífica que la legislación confiere a las desigualdades propias de un escenario de pluralidad sindical y tiene el respaldo, además, del Comité de Libertad Sindical de la OIT. No es posible concebir una solución distinta. Sin embargo, consideramos que debieran regularse de un modo más puntual las facultades y prerrogativas que confiere la mayor representatividad sindical, quizá promoviendo por la vía legal el trabajo conjunto de los sindicatos involucrados o asignar algún grado de participación a los representantes del sindicato minoritario, facultad de fiscalizar, etc., en defensa de las minorías y del ejercicio democrático de los derechos colectivos siguiendo el mandato del artículo 28 de la Constitución Política del Estado. Opina el

Comité de Libertad Sindical que las ventajas y prerrogativas que, en todo caso, debiera gozar el sindicato más representativo no deben exceder de ciertas preferencias en lo que respecta a la negociación colectiva, consulta por autoridades o designación de delegados ante organismos internacionales[21].

Sobre la huelga de los sindicatos minoritarios, al extenderse únicamente a sus afiliados, precisan reforzarse o aliarse con otras organizaciones y lograr así una real medida de presión al empleador. La norma es clara, su eficacia es limitada ya que solamente sus afiliados han participado en la adopción de la decisión. No tienen mayor alternativa que buscar el apoyo de otras organizaciones o de los no afiliados, a menos que la Corte Suprema, por la vía jurisprudencial, extienda los efectos de la huelga a todos los trabajadores del ámbito incluyendo a los no afiliados, como lo ha hecho hasta en dos sentencias para los convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios. Creemos que no debería hacerlo, como ciertamente no debió hacerlo en las referidas sentencias.

(21) En: "*La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios* (...)", Parágrafo 354.

APUNTES PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS SINDICATOS EN FUNCIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Orlando GONZÁLEZ NIEVES

Profesor del pregrado y posgrado en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Trujillo, Antenor Orrego y otras de la región norte del Perú.

SUMARIO **I.** Introducción. **II.** La globalización económica y sus principales consecuencias. **III.** Fin del trabajo asalariado: premonición o atemorización infundada. **IV.** La sindicalización y su decaimiento en el planeta, en especial en América Latina y el Perú. **V.** El nuevo Derecho del Trabajo y sus exigencias en el ámbito colectivo: **1.** La modificación de las principales instituciones del Derecho del Trabajo y sus consecuencias en la sindicalización. **2.** La clasificación de los sindicatos: realidades obsoletas y retos ineludibles. **3.** La defectuosa clasificación de los sindicatos en la legislación peruana. **4.** Apuntes para una propuesta de modificación de la legislación peruana sobre clasificación de los sindicatos. **VI.** Conclusiones preliminares.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización es literalmente holístico, tiene consecuencias en todo el planeta y en casi todos los espacios del quehacer humano. El Derecho, en todos sus ámbitos o especialidades no es la excepción y gracias a dichas influencias está sufriendo grandes, aceleradas e inimaginables transformaciones estructurales. Los predios del Derecho del Trabajo, por su dimensión y contenido socioeconómico, son mucho más sensibles a dichas interferencias.

Voces tremendistas han vaticinado que el trabajo asalariado llegará a su fin, y han lanzado una especie de "réquiem" por el Derecho del Trabajo, en especial por el colectivo, señalando que los sindicatos han pasado de moda. Sin embargo, siendo innegable la debilidad tramontable que afronta esta parte de la especialidad, en la realidad lo sindical y sus proyecciones hacia la negociación y la convención colectiva y el uso constitucional de los medios de acción y defensa de sus derechos por parte de los trabajadores, guarda aún muchas potencialidades recreadoras que sin duda llevarán a nuevas e inéditas conquistas en el campo social.

En esa perspectiva, esta ponencia pretende analizar críticamente la clasificación de los sindicatos en el ámbito del Derecho Colectivo del Trabajo en función de las nuevas realidades y los avances vertiginosos que viene logrando la ciencia y la tecnología en el campo de la producción de bienes y servicios, en los retrocesos de la subordinación y el desarrollo del trabajo semiautónomo y/o autónomo dependiente, la concentración y descentralización productiva, el desarrollo de los contratos especiales y figuras afines, etc., con el objeto de motivar una reflexión jurídica acorde con las exigencias de estos tiempos, donde resulta impostergable lanzar iniciales líneas de reflexión y de trabajo sobre una reclasificación de las organizaciones sindicales en el Perú.

II. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS

Como sostiene el economista panameño Jovane, citado por Murgas[1], la globalización económica se caracteriza, entre otras cosas, por la ampliación de los flujos comerciales internacionales, la notable aceleración de los flujos financieros internacionales del capital, los profundos cambios tecnológicos como base de todo el proceso, la transformación profunda de las comunicaciones, la internacionalización de los procesos productivos con innovaciones en cada elemento del proceso de trabajo para contribuir a la mayor rentabilidad empresarial, la desprotección de los mercados internos y un enfrentamiento competitivo entre países y regiones.

Dentro de lo que se consigna en el diccionario virtual de Wikipedia[2], aparecen las ideas fundamentales que sintetizamos en dos párrafos: Se trata de un proceso económico, tecnológico, social, cultural ideológico y hasta político a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas globalizantes.

En lo económico se caracteriza por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial donde los modos de producción y los

(1) MURGAS TORRAZA, Rolando: "Globalización económica y Derecho Individual del Trabajo". En: *IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

(2) Vide: <http://es.wikipedia.org>.

movimientos de capital se configuran a escala planetaria, cobrando mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo. En lo tecnológico la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transportes y telecomunicaciones), facilitando la libre circulación de las personas y la masificación de las TIC y el internet. En lo cultural se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global (aldea global). La cultura global es audiovisual y de masas. En el plano ideológico los credos y valores colectivistas y tradicionalistas causan desinterés generalizado y van perdiendo terreno frente al individualismo y cosmopolitismo de la sociedad abierta. En la política los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado sociedad red, el activismo cada vez más gira en torno a las redes sociales. Geopolíticamente el mundo se debate entre la unipolaridad de la superpotencia estadounidense y el surgimiento de nuevas potencias regionales, aun cuando en algunas de estas sus economías presentan en la actualidad graves problemas que de alguna madera ponen en riesgo el multilateralismo.

Las características que se derivan de lo anterior es que se trata de un proceso universal[3], irreversible, integrador y excluyente a la vez de los mercados, con grandes ganadores y perdedores; implica un proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política, donde los Estados como unidad política, sus gobiernos y la soberanía de los países quedan en segundo plano; es deshumanizante porque lo que determina el valor de los países, las regiones y sus gentes, no es la condición humana sino la capacidad de consumo; se cimenta y reimpulsa a través de los medios de comunicación de masas y su influencia sobre los aspectos socioculturales, políticos y económicos de los países involucrados.

Como algunas de sus consecuencias resaltan las siguientes: a) Los mercados, el capital, la producción, la fuerza de trabajo, la información, la ciencia y la tecnología escapan de los controles nacionales y asumen la lógica transnacional y global; b) Surgimiento de mega o meta estructuras que parecen querer imponer un orden de nivel superior para la convivencia armónica del hombre con el planeta; se avizora ya una especie de probable transición hacia un control suprasocietal con enormes consecuencias para las sociedades basadas en el Estado Nación; c) Los acontecimientos económicos y tecnológicos escapan al control de los Estados, que son realidades territoriales, pero el mundo marcha a la desterritorialización de la riqueza, del poder y de la información.

(3) Este aspecto es polémico porque han aparecido movimientos antiglobalizadores y contestatarios, como expresión natural y filosófica de la lucha de los contrarios. Además, va entrando en los países gradualmente. El Instituto Tecnológico Federal de Zúrich – Suiza, con base en criterios de globalización económica, social y política, ha publicado un índice de globalización mundial donde el Perú aparece con el N° 61, por debajo de Chile, Panamá y otros, y por encima de México, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia. Vide referencia en www.fundesa, org.gt

En el campo jurídico la globalización pone en cuestión parte de la normativa interna en varias especialidades, sobre todos aquellas que son sensibles frente al tema económico-financiero y social. Hasta el Derecho Constitucional viene sufriendo transformaciones, a tal punto que dentro de sus predios muchos se preguntan si parte de este ha dejado de ser público y se ha convertido en privado, o si ya es tiempo de hablar de un derecho constitucional privado, incluso a pesar de la crisis europea y los preocupantes problemas del euro, muchos siguen preguntándose sobre la viabilidad de una constitución supraconstitucional.

Como una muestra de este fenómeno mundial, me permito hacer breve referencia a un interesantísimo estudio realizado por los italianos Vitali y Battiston, y por el sueco Glattfelder[4], quienes en un estudio de las interrelaciones complejas de 43,000 empresas multinacionales seleccionadas de una lista de la OCDE, demostraron que 737 bancos, compañías de seguros o grandes grupos industriales controlaban el 80 % del valor de todas aquellas y que 147 empresas multinacionales, controlándose entre sí, poseen el 40 % del valor económico y financiero de todas las multinacionales del mundo entero. En este grupo de 147 multinacionales, 50 grandes detentadores de capital forman una "super-entidad", en ellas están los principales bancos: Barclays a la cabeza (británico), las estrellas de Wall Street (J.P. Morgan, Merrill Lynch, Goldman Sachs, Morgan Stanley), aseguradoras y grandes grupos bancarios franceses (Axa, Natixis, Société Générale, Banco Populaire – Caisse d'épargne o BNB-Paribas.

III. FIN DEL TRABAJO ASALARIADO: PREMONICIÓN O ATEMORIZACIÓN INFUNDADA

El tema del fin del trabajo, el futuro del trabajo o el trabajo del futuro, obligan a remitirse no a la futurología o la ficción, sino a los campos pluridimensionales de la filosofía, la sociología, la economía del trabajo, la historia y otras disciplinas, con una visión diacrónica y sincrónica, dialéctica y holística, con el fin de evitar visiones reductoras, economicistas o utilitaristas. Surgen múltiples preguntas: hay una crisis del trabajo o de las relaciones sociales?. En la próxima media centuria, antes o después, ¿vendrá el fin del trabajo o la abolición del trabajo asalariado? ¿Fin del trabajo o cambios del concepto trabajo? El debate a dado la vuelta al mundo desde mediados de la década de los noventa. Solo mencionaré algunos de los aspectos puntuales del tema con intención de provocar un debate prospectivo sobre el asunto motivo de esta ponencia.

Un amplio espectro de las teorías económicas sobre el "pleno empleo" hicieron crisis en los noventa, dada la incapacidad del capitalismo para proporcionarlo,

(4) VITALI, Stefanía; BATTISTON, Stéfano; GLATTFELDER, Jaman: "The Network of Global Corporate Control", versión revisada, 19.09.11, que también se ha publicitado con la denominación "los amos del mundo", del Instituto Tecnológico Federal de Zúrich – Suiza, vide: <http: arxiv.org>.

de allí que cambió el objetivo por el de "plena actividad", con las propuestas concomitantes de economía plural o solidaria, el tercer sector, el ingreso de existencia o la asignación universal. Rifkin fue uno de los primeros en estudiar la influencia de las nuevas tecnologías en los procesos productivos y sus consecuencias en el mercado de trabajo, vaticinó que la reingenierización de dichos procesos productivos, la robótica, la informática, la producción globalizada e incontrolable produciría en el planeta un desempleo estructural, afectando a los obreros cualificados o no cualificados[5].

La discusión académica internacional se extendió con la participación de Robin, Perret, Laville, Roustang, Gorz, Viviana Forrester y muchos otros[6]. Se plantearon hasta seis vías para la discusión del gran tema: fin del trabajo o abolición del trabajo asalariado. Harribey analizó y criticó aceradamente cada una de ellas, siendo de resaltar su crítica a la falsa idea de que el capital puede crecer y acumularse sin ser valorizado por el trabajo productivo.

De esos debates teóricos se avanzó hacia el planteamiento de que si bien es cierto la globalización y las nuevas tecnologías han transformado radicalmente las formas de división del trabajo, la organización de la producción y las fuentes, calidad y magnitud de las desigualdades sociales, creando una gran segmentación o estratificación de la clase obrera, no es cierto que el trabajo ha perdido centralidad en el universo de la sociedad productora de mercancías; es cierto que hay mayor intelectualización del trabajo fabril, descualificación, subproletarización, reducción cualitativa en el mundo del trabajo productivo, pero no estamos ante el fin del trabajo, sino en un contexto de crisis de las relaciones de producción capitalistas, las cuales no garantizan el proceso de reproducción de la fuerza de trabajo.

De la Garza sostiene que hay un cambio en el concepto trabajo, que la polémica sobre su fin está mal planteada. No hay fin del trabajo sino transformación del significado de lo que es trabajar, de los ámbitos privilegiados del trabajar, de los límites entre el trabajo y el no trabajo con la ruptura del concepto de jornada de trabajo. Es verdad en parte que la riqueza dineraria es generada especulativamente en circuitos financieros globalizados, pero la satisfacción de las necesidades humanas siempre se hace a través de los productos del trabajo, una parte nada despreciable de la inversión en el mundo sigue siendo productiva, las grandes corporaciones controlan los mercados internacionales de bienes y servicios. El debate actual sobre el trabajo apunta a su diversidad y flexibilidad, la subcontratación, el trabajo atípico y el sector informal; diversas teorías exploran una imagen de futuro con escaso trabajo a tiempo completo y por plazo indeterminado. Una de las propuestas alternativas es la construcción de una nueva ciudadanía. Es decir, volver a transportar

(5) RIFKIN, Jeremy: "El fin del trabajo. El declive de la fuerza de trabajo global y el nacimiento de la era postmercado". Traducción de Guillermo Sánchez, Editorial Paidos, 1997.

(6) Vid por todos, HARRIBEY, Jean-Marie: "El fin del trabajo: de la ilusión al objetivo". Traducción de Irene Brousse. En: <http://168.96.200.17/ar/libros/neffa/2harri.pdf>.

la relación laboral a la esfera de lo público, hacerlo un asunto público con derechos y obligaciones sancionados en este nivel. Con la construcción de una nueva ciudadanía las dicotomías preocupantes y escindidas entre lo formal e informal, típico y atípico, empleo y autoempleo, tiempo completo y parcial, jornada continua y discontinua, producción para el mercado y autoconsumo dejan de ser criterios clasificatorios estáticos y se vuelven parte de la vida del individuo, mundos de vida no escindidos son dinámicamente articulados. De esta manera, sostiene el autor citado, el mundo clásico del trabajo no se margina sino que se expande en fusiones y cortes, pero articulados a través del flujo de la vida.(7)

IV. LA SINDICALIZACIÓN Y SU DECAIMIENTO EN EL PLANETA, EN ESPECIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL PERÚ

1. Decaimiento de la sindicalización en el planeta

a) Como constatación general, la OIT sostiene que los resultados de los estudios de varios países ponen en evidencia la importancia de la sindicalización, por ejemplo para los asalariados agrícolas. La tasa de pobreza entre los asalariados sindicalizados de esos países es sustantivamente inferior que entre los no sindicalizados. A mayores tasas de sindicalización y de la cobertura de la negociación colectiva en el mundo se asocia una distribución salarial menos desigual, así como una brecha inferior entre hombres y mujeres. En los países con más altos niveles de desarrollo los sindicatos tienen mayor poder de negociación, a la inversa, mientras más alta es la pobreza, menor y más vulnerable es la organización sindical en la defensa de sus aspiraciones salariales(8).

b) Según la Cepal, la evolución del porcentaje de sindicalizados en el mundo desarrollado, entre 1980 y el 2000 ha tenido las siguientes sorprendentes bajas: Reino Unido: -39 %, Japón: - 29 %; EE.UU.: - 41 %; Alemania: - 29 %; Francia: - 44 %; Suecia: - 1 %; Australia: - 48 %; Italia: - 30 %, y en toda la OCDE: -33 %(9). Hay quienes sostienen que el promedio mundial de afiliación es cercano al 10 %, teniendo en cuenta los diversos grados de desarrollo económico, industrial, social, político y laboral que se dan incluso dentro de un mismo continente.

c) Sin embargo, se aprecia una contracorriente que queremos destacar en este y el siguiente ítem. La densidad sindical comparada (entendida como la relación

(7) DE LA GARZA TOLEDO, Enrique: "Fin del trabajo o trabajo sin fin", con la colaboración de Juan Manuel Hernández. En: <http://docencia,izt.uam.mx/egt/congresos/ftotsf.pe>.
(8) OIT: "*Panorama Laboral 2011. América Latina y el Caribe*". 1ª edición, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2011.
(9) RAMOS, Joseph: "Sindicalismo en el 'Sur'. En la era de la globalización". En: *Revista Cepal* N° 100, abril, 2010. Vide en: <www.eclac.cl//publicaciones/xml/1/39121/RV>.

porcentual entre los trabajadores sindicalizados y un "universo" poblacional, que toma en cuenta la población total en edad de trabajar, activos, ocupados totales, ocupados asalariados y ocupados sin restricciones o sindicalizables), arroja la siguiente información: densidad sindical mayor de 60%: Bélgica, Dinamarca, Suecia, Finlandia: densidad entre 30 y 60%: Austria e Italia; densidad entre 20 y 29%: Reino Unido, Sudáfrica, Rumanía, Checoslovaquia, China: densidad entre 10 y 19%: España, Holanda, Portugal, Alemania, Hungría, Grecia; densidad menos de 10%: Turquía y Malasia; densidad entre 2 y 3%: India, Kuwait, Tailandia, Tanzania, Etiopía, Nigeria, Uganda.

d) Busser y Orsatti, directora adjunta de la Confederación Sindical Internacional y asesor de la Confederación Sindical de Trabajadores de las Américas y coordinador del Grupo de Trabajo sobre Empresas Transnacionales(10), respectivamente, dan cuenta que la Federación Sindical Internacional (FSI) ha tomado 10 acuerdos de organización gremial sectorial de sus principales Federaciones: 1.- FITIM/IMF (minero-metalúrgicos), 2.- ICEM (química, petróleo y vinculados), 3.- FITTVC/ITGLWF (textiles y vestimenta), 4.- ICM/BWINT (construcción y madera), 5.- UITA/IFT (alimentación), 6.- ISP (servicios públicos, 7.- UNI (comercio y servicios), 8.- IT/IFT (transporte), 9.- FIP/IFJ (periodistas), y, 10.- IE/EL (educación). Por otro lado, la CSA, desde el GTAS ha ubicado 20 colectivos de trabajadores dentro de las nuevas estrategias de organización y representación amplia, con el crucial componente de la negociación colectiva, siendo de destacar los grupos de trabajadores temporarios directamente contratados, todas las formas de tercerización, trabajadores de zonas francas, de telework, microempresas, trabajadores a domicilio, campesinos y pequeños productores rurales, migrantes, trabajadores de edad, minusválidos y otros.

2. Decaimiento de la sindicalización en América Latina

a) El porcentaje de los sindicalizados en América Latina también ha decrecido a lo largo de los años. En Argentina descendió - 26% del 86 al 95, en Colombia descendió -28% del 85 al 95, en Chile bajó - 7% del 90 al 2006, en México bajó - 52% del 91 al 97, en Uruguay fue - 30% del 88 al 93, y en Venezuela descendió - 38% del 88 al 93(11).

b) En América se presenta una densidad sindical mayor media y menor. Dentro de la mayor están Argentina, Bolivia, Canadá y Uruguay con 32 %, 27 %, 27 % y 25 %, respectivamente. Dentro de la media están Brasil, Venezuela,

(10) BUSSER, Esther y ORSATTI, Álvaro: "Tercerización mediante agencias de trabajo temporal: estado del debate", en obra colectiva: CSA-GTAS: *Procesos de autoreforma sindical en las Américas*, Avances del Grupo de Trabajo sobre Aurtoreforma Sindical (GTAS) en 2011-2012.
(11) RAMOS, Joseph. Ob. cit., <www.eclac.cl//publicaciones/xml/1/39121/RV>.

Panamá, Chile, EE.UU. y Nicaragua con 18%, 13%, 13%, 12%, 11% y 12%, respectivamente. Dentro de la baja están Costa Rica, Honduras, El Salvador, Colombia, Perú, Ecuador y Guatemala con 9%, 8%, 7%, 7%, 6%, 2% y 2%, respectivamente.

3. Decaimiento de la sindicalización en el Perú

a) Partimos de información estadística condensada[12]. Dentro de la PEA ocupada por categoría de ocupación, tenemos que son asalariados el 46,0% e independientes el 34,7%. La PEA ocupada por tamaño de empresa está constituida por: a) De 1 a 10 trabajadores: 74%, b) 11 a 50 trabajadores: 7,7%, y, c) 51 y más trabajadores: 18,2 %. Es decir, estadísticamente, en la actualidad, más del 75% de la PEA del régimen laboral privado no tiene derecho a sindicalización, solo tendrían derecho a aquella probablemente cerca de 600,000 trabajadores. Sin embargo, la sindicalización y la negociación colectiva devienen sumamente débiles en el Perú, ya que los trabajadores sindicalizados en el régimen laboral privado son en total 98,467, es decir solo el 4,03% del total; los trabajadores sujetos a negociación colectiva solo alcanzan a 100,764, esto es, el 4,13% del total de trabajadores asalariados del sector privado (de esos 100,764 trabajadores, el 24,20%, 23.05%, 17,15%, 8,92% y 4,23 pertenecen a los sectores industria manufacturera, construcción, minería y canteras, transporte, almacenamiento y comunicaciones y enseñanza, respectivamente). No conocemos datos estadísticos precisos sobre la situación de la sindicación entre los trabajadores que laboran a tiempo parcial o en las empresas de exportación no tradicional, pero en todo caso deben ser magras, ya que en dichas modalidades solo se absorbe al 4,81% y 3,18% de la PEA asalariada, respectivamente. En el sector público, que está compuesto por el 7,9 % de la PEA ocupada por estructura de mercado y no es motivo de esta ponencia, no tenemos información reciente, pero su sindicalización y negociación colectiva es mucho más débil, por razones de tipo presupuestal y otras propias del Estado.

V. EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO Y SUS EXIGENCIAS EN EL ÁMBITO COLECTIVO

Antes de abordar en forma específica el tema de la clasificación legal de los sindicatos, me permito consignar una pequeña aproximación hacia una visión panorámica de algunos puntos neurálgicos del Derecho del Trabajo que tienen hondas repercusiones en su ámbito colectivo.

(12) Vide: <www.mintra.gob.pe> "Anuario Estadístico 2010".

1. La modificación de las principales instituciones del Derecho del Trabajo y sus consecuencias en la sindicalización

1.1. Modificación de las principales instituciones del Derecho Individual del Trabajo

a) La generalización de la precarización del empleo es un fenómeno enturbiado que engloba tanto las relaciones de trabajo informales como las formales. Partimos del hecho de que en el Perú dicha informalidad es cercana al 60%[13]. Esto está motivado por razones multidisciplinarias (económicas, sociales, políticas, culturales, dependencia, etc.), las mismas que no corresponde abordar aquí. Como muestra, basta señalar como indicador el funcionamiento de los sectores económicos en nuestro país: contamos con un macrocéfalo sector terciario (51.5%), un fuertemente dependiente sector primario (28,0%) y un débil sector secundario (15,4%), base este último de todo crecimiento real y futurista. Todo esto, sin duda, coadyuva a que muchas relaciones de trabajo sean fugaces, temporales, provisionales o "golondrinas" como solemos también denominarlas, provocando una serie de anomias y patologías en dichas relaciones.

b) A lo anterior se agrega el hecho del fenómeno de la "huida del Derecho del Trabajo" hacia los predios del derecho civil vía los contratos de locación de servicios o "servicios no personales", a veces técnica o burdamente disfrazados, o a través de las modalidades formativas laborales, que en algunos casos no solo resultan fraudulentas, sino que cada vez se van ampliando más sus respectivas subclasificaciones. Esto lleva, al igual de lo que ocurre en todos los predios del Derecho del Trabajo, a la implementación de políticas flexibilizadoras cada vez más sofisticadas.

c) A pesar de que nuestra legislación laboral consagra la histórica presunción de que en toda prestación personal, subordinada y remunerada se presume la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, salvo pacto en contrario, aquella está muy traída a menos y asistimos al proceso de su franco y acelerado debilitamiento, ya que en la vida real prima la contratación laboral por tiempo determinado[14], con claro dominio de los contratos temporales, seguidos a medias por los de obra o servicio y muy lejos por los accidentales. Esta alta rotación de trabajadores es un buen indicador de que

(13) Según la OIT. *Panorama Laboral 2011. América Latina y el Caribe*. Ob. cit., en el Perú, en el 2010, el porcentaje de informalidad respecto del empleo no agrícola total ha sido el siguiente: a) Empleo informal total: 70,3%; b) empleo sector informal: 49,2%; y, c) empleo informal en el sector formal: 17,6%.

(14) Según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fines de 2010, el 39,65% de los contratos eran por tiempo indeterminado y el 47,19% eran contratos sujetos a modalidad. Vide <www.mintra.gob.pe>, "Anuario Estadístico 2010", interpretación del Cuadro N° 53, p. 88.

el principio de continuidad o de estabilidad, muy caro al Derecho del Trabajo, se sigue debilitando década tras década.

d) Como consecuencia del debilitamiento de la subordinación, van apareciendo nuevas formas de prestación, como el teletrabajo y el trabajo autónomo en sus diversas subclases, o de lo contrario, reverberan o reflorecen viejas formas de contratación que ponen en cuestión la estabilidad del sistema contractual. En el caso de los trabajadores autónomos y semiautónomos, varios autores europeos vienen trabajando el tema hace más de un decenio; de algunos de ellos da cuenta Ojeda[15], señalando que la doctrina viene propugnando su inclusión parcial o total en el Derecho del Trabajo. En el caso de los semiautónomos –dice el mismo autor– a pesar de tener a veces una relación mercantil con sus clientes, tienen dependencia económica, no sufren control personal del empresario, no se sujetan a horarios de trabajo ni ejercen su labor en los locales de la empresa, trabajan en forma personal e independiente, pero para una sola firma, de la que dependen económicamente; menciona una larga lista ejemplificadora, siendo de destacar: asesores inmobiliarios, analistas de sistemas informáticos, vigilantes concertados de aparcamiento (en nuestro país podríamos agregar como símiles a los vigilantes concertados de viviendas), agentes de seguros, guías turísticos, personal de limpieza, etc. En el Perú también algunos autores, como Arce[16], ha trabajado sobre los diferentes tipos o clases de trabajadores autónomos (por cuenta propia, por cuenta ajena con vínculo esporádico o permanente y trabajadores/empresarios por cuenta ajena), señalando que urge emitir dispositivos legales sobre los derechos individuales y colectivos de dichas categorías ocupacionales, creando un régimen jurídico de contrapesos.

e) La concentración empresarial y la descentralización productiva hacen que por un lado se internacionalicen la relaciones de trabajo, con mayor participación de las multinacionales y los grupos de empresas; y por otro lado, vía la intermediación laboral, la tercerización u '*outsocing*', y otros formas de actuación como son la atomización, filialización, balcanización de las empresas, con lo que, al margen de necesidades reales que por supuesto existen, se hacen evidentes algunos efectos negativos para el mundo de trabajo.

f) Como signo de los tiempos, de los nuevos avances tecnológicos, las nuevas formas y estructuras empresariales para la producción de bienes y servicios, así como la vida cada vez más agitada de nuestras poblaciones, las jornadas de trabajo clásicas entran en revisión, trayendo como correlato sus

(15) OJEDA AVILÉS, Antonio: "La sindicalización de los trabajadores autónomos y semiautónomos". En obra colectiva *Derecho Colectivo del Trabajo*. Publicación de la Asociación Civil Ius et Veritas y Jurista Editores EIRL, Lima, 2010, pp. 273-294.

(16) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual de trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*, 1ª edición, Palestra Editores SAC, Lima, 2008, pp. 79-1109.

modificaciones y la ampliación de los ámbitos de las excepciones y exclusiones, la mengua de las horas extras y el mayor uso de las jornadas de trabajo a tiempo parcial. Tan importantes cambios en la prestación generan consiguientes cambios en la contraprestación, vía el deterioro de los ingresos, la diferenciación cada vez menos técnica y más política o pragmática de los conceptos remunerativos y no remunerativos y el debilitamiento de las cláusulas normativas en los convenios colectivos. Consecuencia de lo anterior, al margen de otras causas concomitantes: elasticidad de las remuneraciones, condiciones de trabajo y diversos beneficios hacia la baja, con deterioro de la calidad de vida.

g) En este apretado recuento de las modificaciones sustanciales a las principales instituciones del Derecho del Trabajo individual no podía faltar una mera referencia a las causales de extinción del contrato de trabajo, en especial a las causas justas de despido, las causas objetivas y el despido nulo en sus múltiples contenidos. Muchas de sus figuras y normas reflejan también la actitud flexibilizadora adoptada en dichos campos por los gobiernos y los empresarios, lo cual también es motivo de discusión cuando se entra al debate de la crisis del Derecho del Trabajo.

1.2. Modificación de las principales instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo

a) El tema de la subcontratación y el derecho de sindicación viene siendo trabajado por algunos autores peruanos, como por ejemplo, Ugaz[17], quien tiene aportes interesantes sobre el tema, algunos de los cuales resumimos aquí. Como la relación de trabajo se torna en muchos casos de bilateral en trilateral, los trabajadores de las contratistas contribuyen en afianzar la rentabilidad y eficiencia de las empresas principales o usuarias; sin embargo, estos no participan en los ingresos a los cuales han contribuido de manera directa o indirecta, el trato se torna dual y claramente discriminatorio en materia salarial y de condiciones de trabajo (aparecen los trabajadores privilegiados y los parias o precarios), dando lugar a los denominados pisos salariales, un ejemplo palmario de ello es que no perciben las utilidades de la empresa principal, sino solo las que haya generado su empleador. El clásico esquema finalístico del contrato de trabajo se fragmenta y entra en cuestión, ya que no hay una correspondencia entre la prestación y la contraprestación, a pesar del apuntalamiento y contribución del trabajador a la rentabilidad, éxito y prosperidad del empleador indirecto.

(17) UGAZ OLIVARES, Mauro: "La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación". En obra colectiva *Derecho Colectivo del Trabajo*. Publicación de la Asociación Civil Ius et Veritas y Jurista Editores EIRL, Lima, 2010, pp. 295-318.

b) Aparece un enfrentamiento, tácito y a veces hasta expreso, entre los trabajadores de la empresa principal, que cuida quedarse normalmente con los más cualificados y les proporciona derechos y beneficios laborales de privilegio, y los trabajadores de las empresas contratistas, lo que indirectamente contribuye a trasladar los conflictos individuales y colectivos de trabajo hacia la periferia donde se encuentran estas últimas.

c) Las consecuencias de la subcontratación en la libertad sindical, derecho de negociación colectiva y huelga son altamente nocivas para los trabajadores: no hay motivación para sindicalizarse por la alta rotación existente en la mano de obra, ya que es claro la agremiación se favorece con la contratación por tiempo indeterminado y se desfavorece y desincentiva con la contratación por tiempo determinado y figuras afines, propiciando nuevos y difíciles escenarios para las reclamaciones laborales en términos más precarios que los usuales; en el supuesto de que se lleguen a configurar los sindicatos, estos no tienen los efectos deseados ni muchos horizontes reivindicativos por el hecho de que sus empresarios laboran para otros, quienes tienen todo el poder para imponerles las condiciones que ellos quieren, muchas veces sin derecho a réplica; los empresarios directos de los contratados no tienen ningún poder decisorio, de manera que la lucha por la sindicación y cualquier reclamo vía negociación colectiva parece devenir estéril y frustrante en tanto en cuanto no se trata directamente con la empresa principal o usuaria.

d) El principio de igualdad funciona muy limitadamente en la negociación colectiva, no solo porque cuando hay plurisindicalismo el poder político favorece a los sindicatos que son proclives a sus designios, sino porque cuando funciona el sistema sindical monista (no por mandato legal, que solo admite el sistema pluralista, sino porque en la práctica y de hecho en la mayoría de las experiencias los trabajadores suelen rechazar la plurisindicalidad), empleadores y sindicatos excluyen en forma expresa de la negociación colectiva a los trabajadores contratados, a los que está en periodo de prueba, a los que no están afiliados a un sindicato, etc., haciendo un mal uso del artículo 28 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D.S. N° 011-92-TR), que en nuestro criterio restringe ilegalmente la fuerza vinculante reconocida en la Constitución y la ley al facultar a las partes a concertar limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden). Ni qué decir de los fenómenos de la intermediación laboral y la tercerización, donde la igualdad deviene en una aspiración difícil de alcanzar.

e) Pasco Cosmópolis[18] desarrolla también otros aspectos interesantes que demuestran las dificultades de la sindicalización y la negociación colectiva en

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El futuro de los sindicatos en el siglo XXI". en obra colectiva *Derecho Colectivo del Trabajo*. Publicación de la Asociación Civil Ius et Veritas y Jurista Editores, Lima, 2010, pp. 127-142.

el Perú, como son: la disminución de la tasa de sindicalización, en parte agravada por el proceso de flexibilización de la economía, en especial las limitaciones a la estabilidad laboral que conlleva a la precarización de los puestos de trabajo, los trabajadores eventuales –sostiene– son menos proclives a la sindicalización; las nuevas tecnologías que lamentablemente extroyectan mano de obra; el aumento incontrolable del sector informal; la crisis de credibilidad y el excepticismo que provocan los sindicatos y algunos dirigentes; la pérdida de identidad y ubicación ideológica de los sindicatos y la tercerización de la economía, en el sentido de que somos un país con un sector primario fuerte, un sector secundario débil y un sector terciario en continuo crecimiento.

f) Otro gran espacio que demuestra una lucha encarnizada de los sindicatos por recuperar o incentivar el principio de igualdad en la negociación colectiva, está en el hecho y los avances de recuperar la negociación colectiva por rama de actividad. Hasta principios de la década de los noventa, en el Perú había varios sectores laborales que tenían negociación colectiva por rama de actividad, por ejemplo, bancarios, luz y fuerza, agua potable y alcantarillado, pescadores (industriales y de consumo humano), construcción civil, portuarios, etc. Fujimori literalmente desapareció la negociación colectiva por rama de actividad al incluir en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo el articulo 45 y la cuarta disposición final y transitoria, por las cuales se estableció que la negociación por rama era por acuerdo de partes y que todos los convenios precedentes tenían que someterse a revisión (con la primera los empleadores se trajeron abajo la negociación por rama manifestando su simple desacuerdo con dicho nivel, con la segunda el Estado y los empleadores aprovecharon de revisar todos los convenios colectivos precedentes, los redujeron a su mínima expresión y derrumbaron la mayoría de las conquistas logradas por los trabajadores durante muchos años). Los gremios reaccionaron tiempo después, por ejemplo: los pescadores, que por muchos años tuvieron dicho nivel de negociación, cuando quisieron recuperarla la Corte Suprema de Justicia desestimó la casación interpuesta y confirmó la sentencia emitida en segunda instancia declarando que en el sector pesquero no procede la negociación colectiva por rama de actividad (Exp. N° 4845-2005). Los únicos sectores que con grandes esfuerzos y luchas han recuperado la negociación por rama son el de construcción civil y, recientemente, los trabajadores marítimos.

g) En el caso de construcción civil ocurrieron los hechos resaltantes siguientes:

i. La Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) y la Federación Nacional de Trabajadores de Construcción Civil del Perú (FNTCCP), con los

organismos representativos que les precedieron muchos años atrás; negociaron por rama de actividad desde 1945 hasta 1994, en que por las razones precitadas desapareció dicha negociación en el sector. Sus intentos de recuperación se manifestaron los años 1997/1998, 1998/1999/ y 1999/2000 en que el Ministerio de Trabajo impidió la negociación por rama y la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema de Justicia declararon nulas las resoluciones de Trabajo.

ii. En el pliego de reclamos 2001/2002, después de varias marchas y contramarchas la Autoridad Administrativa de Trabajo emitió resolución señalando que si las partes no resolvían en trato directo, lo harían ellos, como en efecto ocurrió fijándose los incrementos salariales del 2001/2002. COSAPI, empresa perteneciente al gremio mayor de Capeco, interpuso acción de amparo ante el Poder Judicial, luego intervino vía recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, quien mediante sentencia de 26/03/03, racaida en el Exp. N° 261/2003/AA?TC, se pronuncio a favor de la negociación colectiva por rama, señalando entre otros argumentos, que el "Estado promueve las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente ante situaciones de diferenciación admisible y el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva pudiendo otorgar determinado plus de tutela cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva" (Fundamento 3).

iii. Asimismo, señaló que el trabajador de construcción civil presta servicios para multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresas y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la naturaleza peculiar del sector y con el fin de que la negociación colectiva no se torne inoperante, estableció que es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación.

h) El caso de los trabajadores marítimos también es emblemático, por lo siguiente:

i. Después de 56 años de haber tenido negociación por rama de actividad la perdieron por las razones anotadas supra. En el periodo 2007-2008 el Sindicato de Trabajadores Portuarios del Callao presentó su pliego de reclamos ante la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y la Asociación Peruana de Agentes Marítimos; la Autoridad Administrativa de Trabajo, después de varias idas y venidas decretó que la negociación se lleve a cabo por rama de actividad. La representación empresarial se negó a participar en el trato directo y conciliación. El sindicato interpuso acción de amparo y luego recurso de agravio constitucional.

ii. El Tribunal Constitucional (Exp. N° 03561-2009-PA/TC-Callao), luego de señalar, entre otros argumentos: a) Que si bien el Estado no puede imponer coercitivamente la negociación colectiva no hay que perder de vista que no puede abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar su desarrollo: b) Que si bien es cierto la negociación colectiva debe establecerse por vía autónoma, por excepción cabe la posibilidad de que esta sea determinada por vía heterónoma (arbitraje), ante un organismo independiente a las partes, en función a la naturaleza promotora de la negociación colectiva; c) Que la última parte del artículo 45 del D.S. N° 010-2003-TR ("...a falta de acuerdo, la negociación se llevara a nivel de empresa"), es claramente inconstitucional por lo que en vía de control difuso declaró fundada la acción, inaplicable a las partes la oración final del primer párrafo del artículo 45 precitado, ordenó que las asociaciones involucradas asistan a las reuniones convocadas y precisó que el nivel de la negociación se determinaría por arbitraje; en auto aclaratorio posterior a la sentencia, precisó que la modalidad del arbitraje sería el potestativo, esto es, cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención de un árbitro. Meses después, por laudo arbitral de 04/11/2010, se estableció que el trabajador portuario del Callao tiene derecho a la negociación colectiva por rama de actividad.

2. La clasificación de los sindicatos: realidades obsoletas y retos ineludibles

De lo que se viene desarrollando hasta aquí, aparece claro que la debilidad sindical tiene una pléyade de causas endógenas y exógenas que ni siquiera hemos podido mencionar. Dentro de las causas exógenas creo que tienen especial significación las estructuras, funcionamiento y acción sindical de épocas industriales ya superadas (mas no las derivadas de la postmodernidad y las nuevas revoluciones tecnológicas), así como el predominio de los sindicatos de empresa, en detrimento de la estructura, organización y acción de ámbitos superiores.

Mientras que las organizaciones empresariales y los empresarios "per se" han tenido la virtud, con las limitaciones propias de situaciones inéditas en el mundo, de adaptarse a las nuevas exigencias de estos tiempos turbulentos e impredecibles, muchas organizaciones sindicales de todos los niveles o grados, con algunas excepciones, se han quedado en el siglo pasado, la globalización, los cambiantes procesos productivos, la implantación de nuevas estructuras empresariales y los conflictos ideológicos y políticos existentes en sus predios los han desgastado y desestabilizado. Las clásicas tipologías organizativas de los sindicatos han devenido en realidades obsoletas, inoperantes y desarticulantes. De allí es que los nuevos retos organizativos, las ideas innovadoras (algunas de las cuales ya las vienen aplicando con gran creatividad), la necesidad de acciones eficaces y la urgencia de buscar a gritos alternativas coherentes, racionales, que arrastren a las masas trabajadoras

a nuevas conquistas sociales, están a la orden del día y esperan respuestas lúcidas, históricas e ineludibles. El Derecho del Trabajo está herido de muerte y ya no puede ser lo que fue ni lo que es porque la realidad ha cambiado profundamente, si sigue igual se convertirá en un conjunto de normas jurídicas anacrónicas que solo perviven en el papel.

Desde los predios de los filósofos, sociólogos, economistas y otros científicos sociales se ha propuesto reemplazar el "contrato de trabajo" tradicional por un "contrato de actividad", tal como lo hizo el primer ministro francés Boisonnat en 1995, en el entendido de que en su esencia este último consiste en establecer una relación contractual plurianual entre cada uno de los asalariados y una entidad colectiva, compuesta por un grupo de empresas y/o de instituciones localizadas en una determinada región, que se coordinen entre sí para cooperar y hacer una gestión colectiva de la fuerza de trabajo. Ello es consecuencia de los cambios que se vaticinan para las relaciones de trabajo capitalistas del futuro, donde no sabemos en qué tiempos o plazos la centralidad del trabajo asalariado pasará a segundo plano y probablemente se dará el gran paso a la protección de la "ciudadanía social", se multiplicará el trabajo precario, se reducirá el trabajo formal, primarán los trabajos atípicos, se irán borrando poco a poco los límites entre el trabajo y no trabajo, las jornadas será cada vez más a tiempo parcial, etc.

En el ámbito de la especialidad jus-laboral, también se ha reflexionado sobre el probable futuro y varios estudiosos han propuesto, como von Potobsky[19], la creación de una nueva figura, el "contrato de actividad", que englobaría el contrato de trabajo tradicional y otras formas variadas de actividad, reduciendo las diferencias que las separan: trabajo asalariado a tiempo completo o parcial, por tiempo determinado, formación en la empresa, cualquier forma de tercerización, trabajo autónomo, periodos prolongados de licencia, etc. A pesar de los cambios de la situación, los trabajadores conservarían un cierto nivel de protección social. Dicho contrato involucraría una especie de red consistente de empresas, institutos de formación, autoridades locales y regionales, asociaciones de empresarios, etc. Siendo así, ya es tiempo de que los sindicatos piensen seriamente en las afiliaciones por actividad, y en muchas otras formas de organización para el mejor cumplimiento de sus fines.

3. La defectuosa clasificación de los sindicatos en la legislación peruana

El Texto Unico Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por D.S. N° 010-2003-TR, del 05/10/2003 (LRCT), ha condicionado política y legalmente la implantación de la estructura sindical peruana y distingue a las organizaciones sindicales en función de su ámbito o nivel, alcance geográfico y grado. El artículo 5 reconoce los sindicatos por su ámbito o nivel, como de empresa, actividad, gremio y oficio. Balbin Torres y Carrillo Salazar estudian dicha

(19) VON POTOBSKI, Geraldo. "Ensayo sobre un futuro anunciado". En: AA.VV.: "*Ensayo sobre el futuro del Derecho del Trabajo*". Zavalia S.A., Buenos Aires, 1997, pp. 131-132.

estructura sindical y dan cuenta de su desarrollo histórico: a) Primero apareció el sindicato de oficio, sobre la base de la función u ocupación de los trabajadores, ahora es una fórmula que puede servir para los autoempleados; b) La generalización del trabajo industrial y la organización taylorista originaron la pérdida de cualificación del trabajador, lo que debilitó el oficio; c) Lo anterior, como consecuencia de los intereses específicos de las grandes unidades productivas, implicó como alternativa la pertenencia al sector o rama de actividad; y, d) La estructura actual gira alrededor de los sindicatos de empresa[20]. Por su alcance geográfico, según dispone el artículo 7 de la LRCT las organizaciones pueden ser locales, regionales o nacionales, pudiendo constituir secciones sindicales al interior de la empresa. Por último, por el grado, pueden ser de primer grado (sindicatos), segundo grado (federaciones) y tercer grado (confederaciones), según estipulan los artículos 35 y 36 de la LRCT.

Los autores precitados, luego hacer un recuento histórico de la reforma legislativa de los noventa, sostienen que en la estructura sindical peruana predominan casi en absoluto los sindicatos de empresa, con poca vinculación con las organizaciones de grado superior (federaciones y confederaciones), dichos sindicatos dejan fuera de su alcance a las organizaciones que no desarrollan actividades subordinadas, como son los jubilados, los informales y los desocupados, tampoco pueden representar a los trabajadores de las microempresas y buena parte de las pequeñas empresas porque es requisito para la conformación de dichas organizaciones contar al menos con 20 trabajadores. También tienen problemas de representación en este tipo de sindicato los casos de concentración empresarial (grupos de empresas) y de descentralización productiva (múltiples formas de subcontratación). En esas condiciones, urge transformar las estructuras sindicales existentes[21].

Felipe Villavicencio, manifestando sus cuestionamientos a la estructura sindical peruana, va más allá con relación a la clasificación de los sindicatos de empresa y con el uso de cuadros estadísticos y gráficos demuestra que tenemos una hiperdescentralizada estructura sindical actual, donde el nivel fundamental de la estructura negocial peruana ni siquiera es el de empresa, sino en los ámbitos infraempresariales (categoría, sección y establecimiento) porque, estadísticamente, a nivel empresarial solamente se suscribe el 19% de convenios, mientras que el 80% se suscribe en un nivel infraempresarial, el 1% restante corresponde a cuatro convenios que han sido suscritos por cuatro federaciones, una es de rama (construcción civil) y las otras tres son de empresa, pero tramitadas a nivel de su federación (ejemplo: sector de telecomunicaciones)[22].

(20) BALBIN TORRES, Edgardo y CARRILLO SALAZAR, Augusto. "Reflexiones sobre la estructura sindical en el Perú: los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical". En obra colectiva: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. 1ª edición, Grijley, Lima, 2009, pp. 349-364.

(21) Ibidem, pp. 353-355.

(22) VILLAVICENCIO RIOS, Felipe: *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, 1ª edición, con el apoyo de la OIT, Proyecto FSAL/ACTRAV, PLADES y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios, SAC, Lima, 2010, pp. 36-41.

La CGTP, emulando a algunas organizaciones sindicales europeas ha reformado sus estatutos para permitir la afiliación directa de cualquier trabajador asalariado, desempleado o autónomo sin dependientes a su cargo, la Central definirá en qué instancia sectorial o territorial el afiliado desarrollará su actividad sindical. Esta opción está amparada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT (art. 3 del Convenio 87 y Caso 1177 (Informe 235, 1995). Dicha Central también ha modificado su estructura orgánica y a constituido las "CGTP-Sectoriales" y "CGTP-Territoriales". La primera expresa una estructura vertical que busca transformar los sindicatos o federaciones de rama en sindicatos sectoriales, de modo que producida la afiliación directa, los trabajadores se organicen en secciones sindicales según su actividad o empresa. La CGTP territorial expresa una estructura horizontal destinada a tender la problemática de cada región o localidad (esto también está permitido por el art. 3 del Convenio 87)[23].

La intermediación laboral, la tercerización y los grupos de empresas también presentan sus problemas. La CGTP viene impulsando organizaciones sectoriales para sus trabajadores (caso minería para las contratistas y caso telecomunicaciones para los grupos de empresas). Arce incide en un análisis de las peripecias y los problemas legales que presentan los derechos colectivos en los procesos de subcontratación[24].

Continuando con el análisis del tema precedente, hay que recalcar que la legislación peruana es deficiente en la regulación de los fenómenos de la subcontratación. Más se encarga de las definiciones, características, requisitos y causales de desnaturalización de la intermediación y la tercerización, al lado de otros aspectos; sin embargo, la normatividad sobre la tipología sindical y la negociación colectiva son defectuosas o insuficientes para las nuevas formas de organización empresarial derivadas de la globalización, la crisis económica, la concentración empresarial, la descentralización productiva y las nuevas tecnologías, dicho de otro modo, la normatividad y la jurisprudencia peruana actual no son claras respecto a las clases de sindicatos (¿de contratas?, ¿intra-empresariales o trans-empresariales?, ¿por secciones?, ¿sindicatos conjuntos?, etc.[25]), ni a formas inéditas de negociación colectiva que podrían resolver estos problemas (¿negociación por rama o sub-rama?, ¿negociación escalonada?, ¿mixta o conjunta?, ¿delegada?, etc) . Por tanto, urge una reclasificación imaginativa y técnica de las clases de sindicatos, así como de los niveles de la negociación colectiva y la conflictividad laboral.

(23) BALBÍN TORRES, Edgardo y CARRILLO SALAZAR, Augusto: Ob. cit., pp. 356-357.
(24) ARCE ORTIZ, Elmer: *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Colección Derecho PUCP, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 105-112.
(25) UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., pp. 312-318.

4. Apuntes para una propuesta de modificación de la legislación peruana sobre clasificación de los sindicatos

a) Hay que proyectarse algunas décadas al futuro del Derecho del Trabajo, con el auxilio de las ciencias sociales involucradas, para ir imaginando creadoramente qué nuevos escenarios se derivarán de los cambios presentes y futuros del trabajo asalariado y no asalariado, de sus múltiples imbricaciones o conexiones y de las nuevas formas y facetas que presentará el trabajo, el ocio y la producción de bienes y servicios, para intentar direccionar y reconstruir adecuadamente dicha disciplina jurídica combinando productividad con respeto por los derechos humanos.

b) A pesar de los avances embrionarios pero significativos logrados por algunas organizaciones sindicales, en general no se aprecian en nuestros predios propuestas claras sobre el futuro de los sindicatos, tampoco es posible formularlas desde aquí porque es el movimiento social el que irá encontrando sus propios cauces, pero es normal que así sea, los claroscuros irán definiendo dialécticamente sus propios espacios. Como dijo el poeta, "caminante, no hay camino, se hace camino al andar".

c) Hay que hacer a un lado o por lo menos minimizar el sindicalismo de empresa y sus submodalidades porque hacen inviable el funcionamiento del derecho colectivo del trabajo, por ser portador de la atomización sindical, de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos de trabajo.

d) Los sindicatos de empresa dejan de lado la posibilidad de ser una respuesta a las necesidades de organización de los trabajadores vinculados a la concentración empresarial (grupos de empresas) y descentralización productiva (intermediación laboral, tercerización y otras formas de subcontratación), así como a las organizaciones de la pequeña y microempresa, de jubilados, de jóvenes desocupados, de los informales, de los que están en modalidades formativas laborales, los locadores de servicios o que prestan los denominados servicios no personales, de trabajadores que no desarrollan actividades subordinadas, pero que son autónomos semidependientes o dependientes, etc.

e) Hay que propugnar una mayor experimentación con sindicatos de actividad, seccionales, territoriales, con afiliación directa de los interesados, sin limitación de grados, pero con fijación de normas estatutarias claras que consagren la razonabilidad y la pertinencia de dichas afiliaciones.

VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Primera.- La globalización ha acarreado grandes consecuencias en todos los ámbitos del planeta, con especial incidencia en el Derecho del Trabajo individual y

colectivo mundial, que hoy tiene grandes retos de redefinición, innovación y prospectividad frente a la transformación vertiginosa de muchas de sus instituciones.

Segunda.- La premonición del fin del trabajo es interesada e irreal. Todas las sociedades tendrán que trabajar, probablemente en novedosas e inimaginables formas, para producir bienes y servicios que necesita la población mundial y para contribuir a la formación de la riqueza. No es cierto del todo que el capital se reproduce sin intervención del trabajo porque son compañeros históricos de viaje. Tampoco es cierto que el trabajo ha perdido centralidad en el universo de la sociedad productora de mercancías. Lo que es una verdad inocultable es que el trabajo asalariado está sufriendo una acelerada metamorfosis, al punto que no se sabe cuáles serán sus espacios dentro de algunos decenios.

Tercera.- La estadística mundial, latinoamericana y peruana demuestran que el sindicalismo atraviesa una seria crisis, de filosofía, identidad y acción. Sin embargo, son plausibles los esfuerzos que se vienen haciendo para revertir tan dramática situación y poder relanzar propuestas coherentes de reactivación y/o reconstrucción en función de las nuevas exigencias de los tiempos.

Cuarta.- El nuevo Derecho del Trabajo, en sus múltiples facetas, está obligado a buscar su refundación como creación heróica, redefiniendo sus esencias y sus contenidos para no abdicar de sus orígenes y lograr ser un servicio efectivo y realista para los hiposuficientes. Si no lo hace, volverá a entrar en una sala de cuidados intensivos, con graves responsabilidades para todos los actores sociales.

Quinta.- No constituye novedad la afirmación de que las estructuras sindicales peruanas y su soporte legal son obsoletos. Urge su modificación creativa, con reingeniería y recursos técnicos que gocen de credibilidad y concreten las esperanzas de grandes masas de trabajadores. Hay que vencer la confusión y organizar la desconcentración de los sindicatos, rediseñando todos sus escalones.

Sexta.- Los avances que vienen proponiendo los sindicalistas, los auténticos políticos y los intelectuales sobre los rediseños de las estructuras sindicales son de alta complejidad y provisionalidad, hay que seguir buscando caminos seguros y horizontes halagueños. Las nuevas estructuras sindicales tienen que ser producto de debates multidisciplinarios, con participación directa, creativa y crítica de los propios interesados.

Trujillo, 31 de agosto de 2012

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: RETOS Y REALIDADES

César LENGUA APOLAYA

SUMARIO

I. Introducción. II. Cuestiones preliminares y planteamiento del problema. 1. La seguridad y salud como objetivo vigente. 2. El sentido actual de la seguridad y salud en el trabajo: la formación de una cultura preventiva y los deberes generales de prevención. III. La realidad de la negociación colectiva sobre condiciones de seguridad y salud en el trabajo. IV. ¿Es posible que la negociación colectiva y el convenio colectivo constituyan insumos de trabajo decente en seguridad y salud? V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de trabajo decente impone en nuestros días determinados condicionantes al desarrollo de las actividades económicas y productivas. Uno de ellos exhorta a que el trabajo sea desplegado en condiciones de seguridad, con la finalidad de resguardar la vida y la salud de los trabajadores. En esta misma línea, y dada su trascendencia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha ubicado a la seguridad y salud en el trabajo en el plexo de derechos de protección social que forman parte del objetivo estratégico del trabajo decente.

El Perú, si bien no ha ratificado los convenios generales de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, cuenta sin embargo con referentes internacionales plasmados en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y su norma reglamentaria. Igualmente posee normas internas diversas (de ámbito general y sectoriales) que desarrollan esta materia. En ese sentido, podemos afirmar que la normativa estatal y regional es, en el Perú, la principal fuente de obligaciones y derechos vinculados a este tópico.

Sin embargo, evidente es que el legislador no puede antelar toda realidad posible para proponer una regulación específica a cada situación. Esta limitación es más palpable en lo que atañe a la seguridad y salud en el trabajo, pues la diversidad de actividades económicas, la multiplicidad de actividades humanas laborales,

el progreso de la tecnología, los diferentes y cambiantes riesgos derivados del trabajo, entre otros factores, hacen de este rubro uno muy dinámico y multiforme, de tal manera que el legislador se ha visto obligado a recurrir como fórmula de solución omnímoda al consabido "deber de prevención", previsto con carácter general en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que obliga al empleador a garantizar la vida, la salud y la seguridad de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, cualquiera que fuese la situación de trabajo.

Sin perjuicio de las bondades o complejidades que suscita la plasmación de un deber general como este (enfoque que dependerá en última instancia de la perspectiva del intérprete), es indiscutible que la seguridad y salud en el trabajo ha presentado y seguirá presentando entre los actores laborales situaciones conflictivas debido a las diferentes formas de encarar la concreción de este deber general de prevención.

En el escenario descrito, nos preguntamos si es que la negociación colectiva –o más específicamente su producto, el convenio colectivo– puede cumplir algún rol positivo en esta materia y si es que lo ha venido haciendo; o, en todo caso, cuáles son las principales limitaciones para el logro de ese rol, si es que se le puede asignar alguno. En otros términos, la inquietud surge de la necesidad de evaluar si los sujetos laborales dan uso real y eficaz a todos los insumos que se encuentran a su alcance en tanto agentes generadores de normas, con la finalidad de particularizar, cubrir con eficiencia y de manera positiva aquellos vacíos que cotidianamente surgen de la normativa preventiva, o a fin de concretizar el "deber de prevención" a las situaciones concretas de la empresa.

El propósito de las líneas siguientes es ahondar en la pertinencia y utilidad ideal de la convención colectiva como elemento contributivo para la consolidación de la seguridad y salud en el trabajo. Concretamente, partiendo de premisas teóricas, analizaremos si la convención colectiva viene siendo usada de cara al afianzamiento de la cultura preventiva en la empresa.

Como veremos, la doctrina tiende a considerar que el convenio colectivo tiene un rol importante por ocupar, siendo que su eficiencia dependerá del grado de sensatez y lealtad que las partes (pero sobre todo, la parte laboral como directamente interesada) pretendan darle a las cuestiones preventivas. No solo no existe impedimento jurídico para ello, sino que es posible identificar algunos argumentos típicos por los cuales podría ser razonable que la negociación colectiva se adentre en algunos campos de la seguridad y salud. No pretenderemos identificar cuáles son esos campos específicos, sino brindar una aproximación previa y más general a la temática.

No obstante sus potencialidades, la realidad parece en muchos casos enfrentarse con los objetivos ideales de la negociación colectiva en el campo preventivo, haciendo que la imbricación entre estos dos institutos sea más bien una quimera, cuando debiese ser un campo en franco desarrollo.

II. CUESTIONES PRELIMINARES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. La seguridad y salud como objetivo vigente

Desde su constitución en 1919, la OIT mostró una profunda preocupación por la protección de la vida y la salud de los trabajadores, haciendo de estos rubros una de sus razones de ser. El Preámbulo del la Constitución de la OIT es sumamente enfático y esclarecedor en este sentido al afirmar, evaluando la realidad mundial, que "existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos (…)", mereciendo esta situación atención urgente. Con dicha perspectiva, hace casi cien años atrás, la OIT postuló desde su instrumento constitutivo la necesidad de dotar de "protección al trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo". Se formalizó así, desde 1919, lo que hoy entendemos como la seguridad y salud en el trabajo.

Este compromiso internacional fue reafirmado tiempo después en la "Declaración Relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo" de 1944, más conocida como la "Declaración de Filadelfia". En ella, y evocando su propia Constitución, la OIT destacó su obligación solemne de fomentar, entre todas las naciones del mundo, "programas que permitan proteger adecuadamente la vida y salud de los trabajadores en todas las ocupaciones".

La seguridad y salud en el trabajo no se agotó en estos dos grandes instrumentos. La propia OIT estima que cerca del ochenta por ciento de todas las normas e instrumentos dados en su ámbito están total o parcialmente relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, lo que demuestra que la protección de los trabajadores en el medio de trabajo es una cuestión que nunca ha dejado de estar revestida de plena actualidad.

En tiempos más recientes, en la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª Reunión, fue nuevamente destacado el derecho de los trabajadores a contar con un medio ambiente de trabajo seguro y saludable como parte de la configuración del trabajo decente. Específicamente, dentro de la protección social, que es uno de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT en los que reposa el trabajo decente, la Conferencia reconoció la importancia de "adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de (…) condiciones de trabajo saludables y seguras (…)".

Así, la seguridad y salud en el trabajo no es un tema novedoso ni tampoco responde a nuevas tendencias internacionales como erradamente se cree, ya que desde su primera formulación han transcurrido a la fecha casi cien años de abundante

normatividad y tratamiento a través de declaraciones y otros documentos internacionales. Cosa distinta es que acudamos hoy en día a una intensificación de las cuestiones preventivas como producto del impulso de los derechos humanos y la globalización, cuya interacción exige cada vez más la inclusión de cláusulas sociales en el marco de las relaciones comerciales, en franco enfrentamiento contra una mentalidad aún residual de algunos agentes que mal equiparan la competitividad a la desprotección del trabajador.

No es gratuito, pues que la seguridad y la salud en el trabajo ocupen un lugar privilegiado dentro de las metas del trabajo decente delineadas en la Memoria del Director General a la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Específicamente, el problema de la seguridad y salud ocupacionales fue abordado con el propósito de dotar a los trabajadores de un trabajo productivo en condiciones de seguridad y de dignidad, lo que aparentemente, a partir de la lectura de la realidad, se encuentra aún en incipiente construcción a nivel mundial, pues según datos de la OIT, cada 15 segundos, un trabajador muere a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo, y cada 15 segundos, 160 trabajadores tienen un accidente laboral.

En suma, el objeto de la seguridad y salud en el trabajo no es otro que la protección de la vida y la salud, condiciones humanas que constituyen por la naturaleza de las cosas el requisito sine qua non para el ejercicio de cualquier otro derecho laboral o ciudadano, y su satisfacción una condición de legitimidad para el desarrollo de cualquier actividad económica.

2. El sentido actual de la seguridad y salud en el trabajo: la formación de una cultura preventiva y los deberes generales de prevención

La seguridad y salud en el trabajo se ha caracterizado tradicionalmente por una perspectiva reactiva, es decir, por la búsqueda e imputación de responsabilidades. En este enfoque típico, las imputaciones vienen en diferentes sentidos: mientras los empleadores atribuyen la responsabilidad a los incumplimientos de los trabajadores respecto de los procedimientos de trabajo, los trabajadores y la Administración buscarán ubicar la responsabilidad en cabeza del empleador. Aunque todo ello podría ser parte de una idiosincrasia ineludible, debe tomarse conciencia de que este no es el objetivo de la prevención de riesgos profesionales. Esto lo expresa muy bien VÁZQUEZ MATEO:

> "[E]n las investigaciones de los accidentes predomina más la búsqueda de 'culpables' (...) que el descubrimiento de las causas que dieron origen a ellos.
>
> La lucha contra los accidentes, decía RAHN, parte especialmente de la aceptación teórica de que, defectos técnicos y fallos humanos, son su principal causa (...) y ello nos conduce a buscar 'culpables' criminalizando los sucesos, con lo que no se favorece, absolutamente nada, la prevención de los accidentes futuros (...)[1]".

Contrariamente a este tradicional enfoque, el sentido actual de la seguridad y salud en el trabajo propone desde la OIT una perspectiva completamente diferente. Para los efectos de nuestro análisis, deseamos destacar dos puntos que estimamos cruciales dentro de todo el plexo de contenidos que propone la OIT y que son los que enriquecen y nutren el derecho a la seguridad y salud: (i) la formación de una cultura preventiva y (ii) el establecimiento de un deber general de prevención.

- **La formación de una cultura preventiva.-** Para la OIT, la seguridad y salud en el trabajo es **la ciencia de la anticipación**, el reconocimiento, la evaluación y el control antelados de los riesgos derivados del lugar de trabajo o que se producen en el lugar de trabajo, y que pueden poner en peligro la salud y el bienestar de los trabajadores, teniendo en cuenta su posible impacto en las comunidades cercanas y el medio ambiente en general[2]. Por tanto, el énfasis radica en la tarea preventiva, lo cual va decantándose a través de la incentivación progresiva entre empleadores y trabajadores de lo que ha venido a denominarse una **cultura de prevención o cultura preventiva**[3], que implica la alimentación y desarrollo de creencias, actitudes, valores y comportamientos que conjuntamente favorezcan a la prevención de los infortunios[4].

- **El establecimiento de los deberes generales de prevención.-** La abstracción hacia un deber genérico de prevención (regulada en nuestro caso en el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) por encima –pero no olvidando– las reglamentaciones de obligaciones específicas y de orden técnico, es un asunto que integra la nueva perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo. Esta tendencia hacia la adopción de una obligación genérica –que por su naturaleza es promotora de la revisión periódica de todas las condiciones de trabajo– parte del propio Convenio 155 OIT que, según el Estudio General de 2009 emitido por la Comisión de Expertos, se basa en un procedio de elaboración, aplicación y revisión de una política, y no en un proso cíclico de elaboración, aplicación y revisión de una política, y no en un proceso lineal de establecimiento de obligaciones legales precisas. Así, este enfoque

(1) VÁZQUEZ MATEO, Felipe. "Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva". En: *Relaciones Laborales*. Revista crítica de teoría y práctica. N° 12, Año XXIV, Junio 2008. Ed. La Ley: Madrid, 2008, p. 16.

(2) OIT. Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo. Promover la seguridad y salud en el medio ambiente de trabajo (Estudio General). OIT: Ginebra, 2009, p. 2.

(3) El término pareciera originarse en 1987 cuando fue usado por primera vez en un informe de la Agencia Internacional de Energía (entidad creada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE), luego de la catástrofe de Chernóbil. Desde entonces, la terminología ha ido captando un espacio importante dentro de la seguridad y salud ocupacional, hasta el punto de integrar los más elementales postulados del Convenio OIT 187 (no ratificado por el Perú), en el sentido que obliga a los estados que lo ratifiquen a desarrollar una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud (artículo 3°, numeral 3).

(4) VÁZQUEZ MATEO. Ob. cit. p. 17.

asegura que los sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo mejoren de forma continua y sean capaces de abordar las dificultades que plantea un mundo laboral en constante evolución.

El deber general de prevención es, en sentido lato, una obligación genérica, amplia, abierta y omnicomprensiva[5], que tiene por propósito la protección del individuo en su faceta de trabajador frente a los riesgos propios de su trabajo. Tal obligación general debe necesariamente concretarse o materializarse en algunos de sus aspectos a través de la normativa, puesto que de estar consagrada en términos generales, la obligación sería puramente gaseosa o un mero lineamiento de buenas intenciones. Sin embargo, la consagración de una obligación en términos amplios tiene la doble ventaja de no agotarse en las manifestaciones específicamente recogidas en la norma, exigiendo al empleador el desarrollo de su grado más alto de diligencia y previsión a fin de lograr el cometido de la norma (la protección del trabajador) a través del cumplimiento de deberes instrumentales, impuestos o no impuestos expresamente por la ley, pero que derivan del mandato general de prevención, atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada y a la situación concreta que le corresponda abordar.

Así, el deber de prevención es una obligación general, pero de concreción específica a través de las obligaciones puntuales, regladas y no regladas por la normativa. Las manifestaciones regladas del principio se encuentran en todo el articulado de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, su Reglamento y demás disposiciones sectoriales de la materia, manifestándose a través de obligaciones puntuales sobre control de riesgos, vigilancia de la salud del trabajador, etc. Pero la amplitud de la obligación nos permite advertir que existen muchos aspectos que no podrían ser especificados por el legislador, considerando el dinamismo y la variabilidad de las actividades y los procesos productivos, además de la multiplicidad de actividades económicas existentes.

De esta manera, se van perfilando de forma preliminar dos potenciales roles del convenio colectivo en relación a la seguridad y salud en el trabajo (las cuales referiremos también más adelante): la formación de una cultura preventiva desde la propia empresa y la puntualización de los deberes generales de prevención según las condiciones específicas del centro de trabajo.

3. La realidad de la negociación colectiva sobre condiciones de seguridad y salud en el trabajo

Un rápido repaso de algunos pliegos petitorios y convenios colectivos de los últimos años nos permite extraer apreciaciones generales y transversales en relación

(5) SALCEDO BELTRÁN, Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud en el trabajo.* Tirant lo Blanch, Madrid, 2000, p. 25.

a esta temática. Esta lectura no pretende ser estadística ni exhaustiva, sino más bien orientadora y referencial.

Podríamos afirmar que, en el Perú, la relación entre la negociación colectiva y la seguridad y salud en el trabajo orbita mayormente en torno a dos opciones: una relativa omisión de cláusulas sobre seguridad ocupacional (es decir, la preterición del tema); o un tratamiento que podríamos denominar "convencionalista", producto de la inercia de la costumbre y caracterizado por la mera reiteración de contenidos legales ya establecidos. En efecto, no todos los convenios colectivos abordan las materias preventivas, o los contenidos son mayormente elementales, sin aportes ni especificación alguna respecto de lo dispuesto por ley de cara a las condiciones concretas de la empresa, por lo que es común el recurso a fórmulas vagas de lo recogido, con carácter general, por la norma estatal.

¿Cómo dar explicación a esta idiosincrasia? Algunos sectores señalan a la debilidad del movimiento sindical como factor determinante de esta situación. Nosotros no compartimos en su integridad esa posición. La experiencia de algunos autores demuestra que en países de reconocida fortaleza sindical, el empleo errático del convenio colectivo en las cuestiones preventivas, puede ser también una realidad, pues los convenios colectivos, o bien omiten cualquier referencia a la seguridad y salud en el trabajo, o bien se remiten en bloque a las normas legales de prevención de riesgos laborales[6]. Una impresión no alejada de la anterior recoge MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE al sostener que, pese a que la norma española ha tratado de impulsar la participación de los interlocutores sociales en la regulación de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo con el objeto de poner fin a su falta de interés en regular esta materia, la doctrina coincide en destacar la desidia de los interlocutores sociales en esta materia[7]. En el mismo sentido se pronuncian GONZÁLEZ ORTEGA y CARRERO DOMÍNGUEZ, para quienes muchos convenios colectivos españoles suelen ignorar pertinazmente y de forma absoluta el tratamiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, hasta el punto que la salud laboral no merece ni siquiera un artículo en su texto o una mera declaración de intenciones; mientas que otros se limitan, en una tradición contractual, a transcribir literalmente lo regulado por la ley; y otros se remiten en bloque a lo establecido por la normativa legal como si la remisión hiciera más vinculante un mandato legal, o como si ello liberara a los negociadores de abordar una materia compleja y de difícil gestión en la dinámica negociadora[8].

(6) CÁMARA DÍAZ, Alberto y Francisco GONZÁLEZ DÍAZ. "Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (España)*, N° 53, Madrid, 2004, p. 232.

(7) MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes. Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (España)*, N° 53, Madrid, 2004, p. 124.

(8) GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y Carmen CARRERO DOMÍNGUEZ. "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales* N° 14. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 50.

En contraposición de esa creencia, ensayamos seguidamente algunas posibles explicaciones a esta realidad.

- **¿Es la legislación de seguridad y salud en el trabajo un "aditivo de saturación" que podría estar limitando la actuación de la negociación colectiva?.-** Hace algunos años OJEDA postuló que las legislaciones laborales con profusa regulación dejan poco espacio de acción a la negociación colectiva, limitando así la actividad de los sindicatos. Según el autor, esto es producto de un proteccionismo estatal que lleva al dictado de normas con pretensiones tutelares, sin considerar que excepcionalmente esa abundante normativa también puede significar una cortapisa para la expansión de la libertad sindical, pues constituyen "aditivos de saturación" fruto de un vanguardismo estatal mayor que el de los sindicatos, cercenando en consecuencia sus posibilidades negociadoras al plantear un nivel de cumplimiento dudoso[9].

  No es complicado encontrar en la normativa de seguridad y salud abultadas regulaciones, precisamente en temas que podrían haber sido delegados –cuando menos en parte– a la negociación colectiva para su concretización en función del tipo de empresa y realidad específica; a manera de ejemplo: la estructuración de los comités y subcomités de seguridad; los procedimientos de elección de los representantes de los trabajadores; los mecanismos de participación de los trabajadores; los tipos de facilidades con los que deben contar los representantes de los trabajadores; las obligaciones de los trabajadores y sus responsabilidades específicas dentro del sistema de gestión de la empresa, etc.

  Ciertamente existirán límites a la posibilidad de negociar algunos aspectos de la seguridad ocupacional. Ello vendrá dado o por el carácter de norma mínima de algunas de sus disposiciones, o por el contenido altamente técnico de las medidas preventivas, las cuales no siempre son conocidas con facilidad por los negociadores. Es correcto que toda normativa de seguridad y salud, por ser una materia multidisciplinaria (en la que intervienen no solo juristas, sino también especialistas en prevención de riesgos profesionales y médicos ocupacionales), contiene aspectos de alto contenido científico. Pero fuera de estos supuestos, es factible que la negociación colectiva sirva teóricamente de regulación complementaria, de desarrollo y, sobre todo, de especificación de la normativa general[10]; potencialidad que se ve limitada por una normativa altamente compleja, abultada y, a veces, no sintonizada con las diferentes realidades empresariales.

(9) OJEDA AVILÉS, Antonio. "Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley". En: RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, VALDÉS DAL-RÉ Fernando y María Emilia CASAS BAHAMONDE. *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 281-282.

(10) El convenio colectivo puede desarrollar la obligación general de prevención estableciendo las medidas cómo se concreta esta, mediante la determinación de los métodos que se utilización para la evaluación de riesgos, la periodicidad con que se llevará a cabo la actualización de la evaluación, o con la concreción de los equipos de protección necesarios para evitar los riesgos ocupacionales en aquellos casos en que no existan normas técnicas o protocolos aplicables (MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE. Ob. cit., p. 126).

- **El interés de los negociadores en otros puntos económicos del pliego petitorio.-** Este es un dato de la realidad. Los pliegos petitorios muchas veces contienen propuestas de cláusulas vinculadas a la seguridad y salud, pero que no son empleadas en realidad como un fin en sí mismas, sino más bien como medios instrumentales para la obtención de beneficios económicos (incrementos salariales u otros). Así, la dinámica negocial tradicional fundada en el "retiro" de puntos inicialmente peticionados, con la finalidad estratégica de conseguir otro tipo de acuerdos de naturaleza económica (que sí son de interés directo), es un vicio que termina afectando la seriedad y la importancia de la seguridad y salud en el trabajo.

- **La creencia de la "pérdida del poder de dirección" que disuade al empleador de discutir temas de seguridad y salud en la negociación colectiva.-** La cuestión de fondo detrás de esta creencia es en buena cuenta la contraposición o conflicto que existe, de una parte, entre el derecho a la vida, la salud y la seguridad de los trabajadores, y el derecho de la empresa a maximizar sus ventajas productivas. Típicamente, en resguardo de este interés empresarial, se ha traído a colación las facultades de dirección del empresario a fin de legitimar su accionar. La adopción de medidas preventivas, cuando ha sido el caso, era entendida como inmersa dentro de este universo de facultades.

  Aunque importante y a veces inadvertida, no debería sorprendernos hoy en día la enorme penetración que en general tienen las normas de seguridad y salud en el trabajo dentro de la regulación y el devenir de las relaciones laborales. Esta incursión e influjo se da en toda acción empresarial que tenga como origen el ejercicio de las facultades directivas y organizativas que le reconoce el orden jurídico. Así, las potestades del empresario y el ejercicio de sus poderes de dirección, en virtud del deber de prevención, se han visto matizados por la introducción de un gran plexo de obligaciones preventivas y por la consagración de derechos de participación de los trabajadores –que no equivale a decisión, sino a un importante proceso de consulta previa no vinculante–, lo que todo en conjunto genera la impresión de la pérdida paulatina de aquel poder gozado en antaño.

  En nuestra opinión, el empleador sigue poseyendo el mismo poder de dirección del cual siempre ha sido titular, porque ello es intrínseco e indisoluble en el marco de la relación de trabajo. Si por el principio de responsabilidad contenido en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador asume todas las implicancias a causa de un accidente o de una enfermedad, ello se debe a que es responsable de las decisiones que adopta en ejercicio de su poder directriz, sin más límite que el respeto a la Constitución, los derechos fundamentales de los trabajadores y las normas laborales –cualquiera fuere su origen–. La única diferencia es que, hoy en día, en el proceso de formación de la voluntad empresarial y en su ejecución, el empleador deberá tomar en cuenta, de manera muy especial, las consideraciones derivadas de la existencia de normas de prevención de riesgos laborales con el objeto de

cautelar la vida y la seguridad de sus trabajadores[11]. Sería insostenible admitir que las normas preventivas limiten los poderes empresariales de tal manera que los conviertan en insubsistentes y desdibujen la relación de trabajo; ciertamente una interpretación en ese sentido carecería de asidero e incluso podría ser tildada de inconstitucional[12]; pero ciertamente dicho poder de dirección deberá ejercerse en la línea de la prevención de riesgos. Se trata de incorporar la prevención en el ejercicio del poder de dirección, y no limitar este.

- **La aceptación y monetarización del riesgo.-** Hasta hace algún tiempo, era una práctica difundida en los convenios colectivos (hoy en notable descenso) que los riesgos ocupacionales sean enfrentados no con pactos referidos a la adopción de medidas de seguridad, sino con bonificaciones o emolumentos de tipo compensatorio. En el Perú no existen datos oficiales de la incidencia de este tipo de pactos en la siniestralidad laboral. Sin embargo, la doctrina sí se ha referido a algunos casos particulares en la experiencia extranjera (puntualmente la italiana)[13], recordando cómo hasta mediados de los años sesenta los sindicatos pedían –y las empresas concedían– aumentos de salario como compensación monetaria a la nocividad de los riesgos del trabajo. Una de las consecuencias fue que, no existiendo ningún estímulo a la prevención, la cantidad de accidentes creció desde un promedio de 171 casos por mil obreros al año entre 1951 y 1955, hasta 231 casos solo en 1963, sufriéndose análoga tendencia en lo relativo a enfermedades profesionales.

  Dado su efecto pernicioso, es imperativa la superación absoluta de este tipo de cláusulas debido a que no incentivan la adopción de medidas de prevención y, peor aún, denigran la dignidad humana sometiéndola al dinero.

- **La creencia de que la siniestralidad es reducida o inexistente.-** Este es otro paradigma que dificulta la negociación colectiva sobre la seguridad y salud en el trabajo. Pese a su aparente simplicidad, creemos que es una de las excusas más

(11) La nueva visión introducida "(...) supone la obligación añadida de tener que tomar en consideración previamente al ejercicio de cualquiera de sus poderes empresariales las repercusiones que ese ejercicio va a tener en cada caso sobre la seguridad y la salud de los trabajadores, de manera que si ese ejercicio da origen a cualquier tipo de riesgo para la vida, la integridad psicológica y la salud de los mismos, paralelamente tendrá que prever, planificar y adoptar las medidas de seguridad necesarias y adecuadas para prevenirlos, pues, de lo contrario, tal ejercicio devendrá irregular". MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. CES, Madrid, 2006. p. 51.

(12) "(...) la construcción de una proposición sobre los límites exigibles en el ejercicio de los poderes discrecionales deberá realizarse de forma que el estudio se circunscriba a esos límites y no aportando alternativas que vacíen de contenido la virtualidad de los poderes (...) La interpretación contraria nos llevaría, sin lugar a dudas, a plantear la resolución del conflicto jurídico-laboral que puede originarse al efecto desde una protección unívoca de los intereses contrapuestos, como sería la preeminencia absoluta del interés del trabajador propugnando la eliminación de cualquier posibilidad de actuación empresarial discrecional que afecta a su prestación de servicios. De esta forma, se estaría obviando el hecho de que constitucionalmente es preciso otorgar un espacio de libertad jurídica al empresario para que adapte sus recursos humanos a las necesidades empresariales que surjan en cada momento". LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 93-94.

(13) BERLINGUER, Giovanni. "Conflictos y orientaciones éticas en la relación entre salud y trabajo". En: Cuadernos de Relaciones Laborales N° 3. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 208-209.

peligrosas debido al arraigo que encuentra en las propias bases de la idiosincrasia social, caracterizada por la ausencia de una cultura preventiva a todo nivel.

La OIT se ha encargado de propulsar en materia de seguridad y salud ocupacional la concepción generalizada de que toda ocupación laboral supone, en mayor o menor medida, la exposición a diversos agentes de riesgo, los que pueden provocar daños a la salud, sean estos leves o altamente nocivos. Sin embargo, en tanto exista la potencialidad de alguna clase de daño o de afectación a la salud o vida del trabajador, es para la OIT un imperativo prevenir su ocurrencia en pos de un trabajo en condiciones de dignidad, por lo que el Estado, los empleadores y los trabajadores están compelidos a trabajar en ello. Por lo tanto, la tolerancia y la indiferencia frente a las enfermedades ocupacionales y los accidentes de trabajo, hoy se trastocan en obligaciones específicas de prevención, proyecto en el que ningún riesgo ocupacional ni ningún agente (Estado, empresa, trabajador) están excluidos[14]. Las medidas de promoción de la cultura preventiva deben darse pues necesariamente también dentro del ámbito empresarial. Esto es visto por la OIT no como una atribución, sino como una necesidad.

Pueda ser que algunas de las hipótesis antes esbozadas –o todas en conjunto– respondan a nuestra interrogante en mayor o menor medida. El resultado final de su interacción es la falta de profundización, de experiencia y de uso sensato, leal y eficiente de la negociación colectiva de cara al perfeccionamiento del trabajo decente en su vertiente de seguridad ocupacional.

III. ¿ES POSIBLE QUE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO CONSTITUYAN INSUMOS DE TRABAJO DECENTE EN SEGURIDAD Y SALUD?

En el plano de la reflexión dogmática es importante rescatar el hecho de que la seguridad ocupacional es parte del *ius cogens laboral*, concepto que incorpora dentro de sí a todos los derechos humanos laborales que aseguran al individuo condiciones mínimas imprescindibles de dignidad en el trabajo. Así, a pesar de que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo no haya sido considerado por la OIT dentro del "núcleo duro institucional" contenido en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998[15], existen razones suficientes para relevar a la categoría de norma imperativa

(14) "La OIT cree firmemente que los accidentes y las enfermedades profesionales pueden y deben ser prevenidos y que para conseguirlo es necesario adoptar medidas en el ámbito internacional, regional, nacional y empresarial (...) el verdadero éxito en la reducción de los accidentes y las enfermedades laborales solo puede alcanzarse si todas las partes involucradas en la prevención asumen un compromiso concreto, un concepto que constituye el eje de lo que se ha dado en llamar una 'cultura de prevención en materia de seguridad y salud'" OIT. "La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo". Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo, Ginebra, 2005, p. 1.

(15) Compartimos las observaciones de CANESSA al criticar la no inclusión de otros derechos laborales, como el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, dentro de la citada Declaración: "Resulta difícil sostener que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo –directamente vinculado al derecho a la vida y a la

internacional el deber de garantizar la seguridad y salud del trabajador. Baste con señalar que sin condiciones óptimas que garanticen la vida, la integridad y la salud, es sencillamente imposible y artificioso referirse a otros derechos laborales. En todo caso, esa inquietud se ve apaciguada por la incorporación de la seguridad y salud en el trabajo dentro de los objetivos institucionales del trabajo decente. Para la OIT, resulta inimaginable plantear la existencia de un trabajo digno sin cubrir los cuatro objetivos estratégicos que este supone. Y en esta línea, la auténtica promoción de la seguridad y salud a través de la negociación colectiva podría afirmar y desarrollar de manera efectiva dicha dignidad.

Para estos efectos se requieren mínimos puntos de conexión entre las partes laborales a fin de reconocer razones suficientes –o cuando menos plausibles– para reconsiderar el uso de la negociación colectiva en dicho ámbito:

- **Existe un llamado desde la OIT a fin de que los trabajadores y las empresas participen en la consolidación de la seguridad y salud en el trabajo.-** Tal como señala el Estudio General de 2009, elaborado por la Comisión de Expertos de la OIT, los instrumentos de seguridad y salud "exigen la participación activa de los empleadores y los trabajadores y de sus organizaciones, según proceda, en todos los niveles pertinentes, desde el taller hasta los niveles de elaboración de las políticas nacionales"(16). La negociación colectiva podría erigirse como un mecanismo y un escenario idóneo para concretar esta participación, forjándose así un espacio entre el taller y la política nacional de seguridad y salud en el trabajo. No tiene por qué ser el único canal, pero ciertamente podría ser uno de ellos.

  A mayor abundamiento, el Estudio General remarca lo señalado anteriormente al afirmar que "el principio de la prevención solo puede ser aplicado de manera efectiva a través de **la colaboración activa entre los empleadores y los trabajadores**" y que, "en el plano de la empresa, los empleadores y los trabajadores tienen el deber de cooperar en torno a las cuestiones de SST [seguridad y salud en el trabajo], ya sea directamente o mediante los mecanismos establecidos para tal fin, sobre la base de un sistema de derechos y deberes designados"(17). Esto exige mirar a la negociación colectiva como un mecanismo de cooperación de cara a las cuestiones preventivas, lo que plasma un desafío de elevadas dimensiones.

  El llamado más reciente se ha dado en la mencionada Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa del 2008. Este instrumento, además

integridad física y moral de la persona– pueda ser excluido dentro de un listado de derechos laborales imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico. Ni tampoco se puede asegurar que sobre la base de estos cuatro derechos fundamentales en el trabajo [los contenidos en la Declaración de 1998] se puedan conseguir los otros derechos esenciales [como la seguridad y salud en el trabajo]". CANESSA, Miguel. "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 72, Abril, 2008, p. 145.

(16) OIT. Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo. Promover la seguridad y salud en el medio ambiente de trabajo (Estudio General). Ginebra, 2009, p. 18.

(17) Ídem.

de promover el establecimiento de condiciones de trabajo saludables y seguras dentro de las medidas de protección social, tiene como uno de sus objetivos promover el diálogo social para adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos del trabajo decente a las necesidades y circunstancias de cada país. Dicho esto, y considerando además –conforme a la propia Declaración– que "los cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente", se tiene como resultado que el diálogo social (que involucra a la negociación colectiva) debería tener un impacto sobre la seguridad y salud con el objeto de consolidar el trabajo decente(18).

- **La periodicidad de la negociación colectiva se condice con la revisión periódica de las condiciones de seguridad y salud.-** Conforme ha señalado MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, la duración temporal del convenio colectivo favorece una protección actualizada de la seguridad y la salud, ya que permite adecuar las medidas de prevención de riesgos a los cambios operados en el sistema productivo, a las innovaciones tecnológicas implantadas e incluso a la aparición de nuevos riesgos(19).

  El tratamiento de la seguridad y salud en la negociación colectiva parecería no solo ser en abstracto una materia negociable(20), sino que la proyección temporal del convenio colectivo, de ser lealmente empleada, podría servir a las partes como ocasión para revisar y/o adecuar lo concerniente a las particularidades de la empresa en esta materia, ante escenarios cambiantes y dinámicos propios de las actividades económicas; sin menoscabo de las atribuciones directrices de la empresa en el ámbito preventivo. Dicho en otros términos, la temporalidad de negociación colectiva podría ser empleada para la revisión, adecuación y/o confirmación de aquellas particularizaciones introducidas por las partes en campos no resueltos por la ley.

- **El convenio colectivo como instrumento para el fortalecimiento de la cultura preventiva.-** La forma como los trabajadores, supervisores y empleadores encaran los riesgos ocupacionales es producto del conjunto de valores, creencias, paradigmas, reglas tácitas y condicionamientos que se insertan en la "cultura organizacional". Con este concepto se alude al sistema de significados compartidos por los miembros de una organización, que la distinguen de otras, y según la cual los trabajadores y demás miembros de la organización guían su desenvolvimiento relacional y productivo en la empresa.

(18) De ahí que la OIT considere que el diálogo social es un requisito previo fundamental para el éxito de toda acción sobre seguridad y salud en el trabajo a nivel de la empresa. OIT: Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, p. 115.

(19) MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE. Ob. cit., p. 123.

(20) El artículo 41° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo prevé que pueden ser materia de convención colectiva las remuneraciones, las condiciones de trabajo, las condiciones de productividad y otras materias concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Existen estudios que han destacado la importancia de la cultura organizacional como determinante frente a los riesgos ocupacionales, llegándose afirmar que las orientaciones y conductas de los trabajadores son esencialmente un producto organizacional y no, como podría especularse, la consecuencia de socializaciones externas al ámbito laboral(21). Así, una organización que internaliza en sus trabajadores –consciente o inconscientemente– valores ajenos al espíritu preventivo, que promueve tolerancia a los riesgos del trabajo, que avala la monetarización de los riesgos, que reacciona reactivamente al daño, es una organización que no se condice con las expectativas de una cultura preventiva en términos ideales.

En las organizaciones que no tienen fuertemente cimentada una cultura de prevención, o si esta nunca ha existido, la transición hacia los actuales estándares de gestión de riesgos podría implicar una labor intensa, que podría involucrar grandes desafíos en pos de un cambio organizacional. La cultura organizacional siempre se manifiesta como una barrera cuando los valores efectivamente compartidos no son los que se desean para una organización; y es evidente que los patrones que exige el trabajo decente son estándares altos.

La OIT ha sostenido que el fomento de una cultura de prevención –cuya adopción supone la transformación de la cultura organizacional– es en gran medida una cuestión de liderazgo. Este no solo se ejerce desde el Estado, sino también desde el propio centro de trabajo. En este sentido, se admite de manera pacífica que es el empleador el responsable primario de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, atribuyéndosele el rol protagónico como cabeza en este aspecto(22).

Al emplear el término "liderazgo", no se hace evocación de ningún significado de corte jurídico. Por liderazgo debería entenderse el proceso mediante el cual una persona influye sobre los demás para alcanzar una meta, siendo el líder quien hace las cosas indicadas para provocar o influir en los demás para que colaboren con él para llevar a cabo su visión(23). Siendo esto así, el liderazgo del empleador en materia preventiva podría y debería ser proyectado sobre los trabajadores, comenzando por quienes representan a estos (dirigencias), con el propósito de sensibilizarlos e influenciarlos, reproduciendo en ellos cuotas de liderazgo a fin que estos –a su vez– irradien los mismos valores al universo de trabajadores y promuevan determinado tipo de conductas, incorporándolos a todos en la tarea de consolidar la nueva cultura preventiva.

(21) PUCCI, Francisco. *Aprendizaje organizacional y formación profesional para la gestión del riesgo*. OIT - CINTEFOR: Montevideo, 2004, p. 261.

(22) El liderazgo del empleador es un elemento sustancial y transversal en toda nuestra normativa de seguridad y salud en el trabajo. Ello se desprende, por ejemplo, de los artículos 15° y 37° del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.

(23) HELLRIEGEL, Don; SLOCUM, John y Richard WOODMAN. *Comportamiento organizacional*. 8ª edición. Ed. International Thomson Editores, México, 1999, p. 301.

El procedimiento negociador es un espacio permeable y compatible con dichos propósitos, pues alrededor de la mesa de negociación generalmente el diálogo se establece de manera directa entre personas que se entienden representativas de ambos bloques de intereses –empleadores y trabajadores–, constituyendo por tanto una escena privilegiada para que el empleador ejerza el liderazgo en la prevención sobre los representantes de los trabajadores, buscando con ello que dicha representatividad no se extienda solo a efectos de la negociación de temas salariales, sino que se erija como una herramienta útil de gestión y propagación del liderazgo preventivo.

La negociación colectiva, adecuadamente encauzada, puede servir como un mecanismo para la generación de liderazgos derivados y alineados con la política preventiva. No obstante, ello exige romper con paradigmas en torno a la negociación colectiva, reconocer la idoneidad de este espacio como medio de promoción de las cuestiones preventivas, su empleo de buena fe y el ánimo de colaboración mutua en un tema cuyo interés debe entenderse compartido: la protección de la vida y la salud.

IV. CONCLUSIONES

La consolidación del trabajo decente en el Perú no puede pasar por alto las diversas funciones que podría desempeñar la negociación colectiva en lo que atañe a la seguridad y salud en el trabajo, tanto como escenario de intercambio de ideas y posiciones (el procedimiento negociador) y como producto negociado (el convenio colectivo). En ambas facetas, aquella puede desempeñar eficientemente roles que van desde el desarrollo, adaptación y especificación de la ley, hasta fungir como herramientas valiosas en materias más complejas relacionadas al cambio organizacional para la adopción de una cultura preventiva.

Existe una gran brecha entre estos objetivos ideales y la práctica negociadora. A ella contribuyen las legislaciones profusas que dejan poco campo e imaginación a la negociación colectiva, y ciertos paradigmas que derivan de la idiosincrasia con que tradicionalmente se han desenvuelto los negociadores. Para aprovechar las potencialidades de la negociación colectiva en el campo de la seguridad ocupacional, debería repensarse conscientemente acerca de estos sistemas de creencias, superar dichas limitaciones y reconocer la existencia de responsabilidades compartidas, a fin de analizar, en qué medida podría contribuir la negociación colectiva sobre el establecimiento de condiciones seguras de trabajo. El reto es alto.

BIBLIOGRAFÍA

- BERLINGUER, Giovanni. "Conflictos y orientaciones éticas en la relación entre salud y trabajo". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. N° 3. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

- CÁMARA DÍAZ, Alberto y Francisco GONZÁLEZ DÍAZ. "Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (España). N° 53, Madrid, 2004.
- CANESSA MONTEJO, Miguel. Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 72, Abril, 2008.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y Carmen CARRERO DOMÍNGUEZ. "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. N° 14. Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 1999.
- HELLRIEGEL, Don; SLOCUM, John y Richard WOODMAN. Comportamiento organizacional. 8ª edición. Ed. International Thomson Editores. México, 1999.
- LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed, Bosch. Barcelona, 1999.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes. "Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (España)*, N° 53, Madrid, 2004.
- OIT. Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa. OIT, Ginebra, 2008.
- OIT. Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. ILO-OSH 2001. Ginebra, 2001.
- OIT. Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo. Promover la seguridad y salud en el medio ambiente de trabajo (Estudio General). Ginebra, 2009.
- OIT. La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo. Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo. Ginebra, 2005.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. "Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley". En: RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: VALDÉS DALRÉ, Fernando y María Emilia CASAS BAHAMONDE. *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*. Tecnos, Madrid, 1998.
- PUCCI, Francisco. *Aprendizaje organizacional y formación profesional para la gestión del riesgo*. OIT - CINTEFOR, Montevideo, 2004.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2000.
- VÁZQUEZ MATEO, Felipe. "Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva". En: *Relaciones Laborales*. Revista crítica de teoría y práctica. N° 12, Año XXIV, Junio 2008. Ed. La Ley: Madrid, 2008.
- VOGEL, Laurent. "La evaluación de riesgos en los centros de trabajo y la participación de los trabajadores". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. N° 7. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

LA ARBITRARIEDAD DEL ARBITRAJE POTESTATIVO EN EL PERÚ

Mauricio MATOS ZEGARRA

Abogado del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez Taiman & Olaya Abogados. Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica San Pablo y en la Universidad Católica de Santa María (Arequipa).

SUMARIO

I. Introducción. **II.** La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo. **III.** La Negociación Colectiva y su naturaleza jurídica. **IV.** El carácter voluntario de la negociación colectiva. **V.** La teoría del conflicto sindical en el Perú y los métodos de solución. **1.** Evolución del tratamiento legislativo sobre conflictos sindicales. **2.** La actual regulación sobre solución de conflictos sindicales. **VI.** El arbitraje como método de solución de conflictos sindicales. **1.** La voluntad de las partes como esencia del arbitraje. **2.** La justificación de la existencia de arbitrajes obligatorios. **VII.** El arbitraje potestativo y su carácter arbitrario. **1.** La arbitrariedad de un arbitraje no consensuado. **VIII.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos creada y desarrollada sobre la base de la autonomía de la voluntad. La decisión de someter o no una controversia a arbitraje, así como la facultad de decidir qué materias del conflicto van a ser parte del tercero imparcial llamado árbitro dependen exclusivamente de las partes; y si bien, bajo determinadas circunstancias justificadas por el interés general es posible que el legislador imponga un arbitraje, el arbitraje voluntario es la regla general.

A partir de la STC recaída en el Expediente 3551-2009-PA/TC y una serie de dispositivos legales de naturaleza infralegal se ha regulado en nuestro país en los últimos tres años el llamado "arbitraje potestativo" que no es sino una forma de arbitraje unilateral impuesto por una de las partes en el marco del conflicto que pueda surgir durante la negociación colectiva.

Si bien la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de sus diversos instrumentos ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la existencia de la negociación voluntaria y la existencia de mecanismos de solución de conflictos basados en la voluntad concertada de las partes, con el llamado "arbitraje potestativo" es una de las partes quien impondría a la otra, con su anuencia o su renuencia, poco importa, la obligación de someter la controversia arbitraje.

El presente trabajo constituye una crítica respecto a la legalidad del arbitraje potestativo, demostrando el carácter arbitrario –valga la redundancia– del mismo, que además termina afectando no solo la esencia de la institución arbitral, sino que contraviene directamente la naturaleza voluntaria de la negociación y solución de conflictos que debe informar toda relación colectiva de trabajo.

En este sentido, hemos estructurado el presente artículo en tres partes: En la primera analizamos la negociación colectiva en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, incidiendo en su naturaleza y su carácter voluntario. En la segunda parte hacemos un breve recuento de la evolución de los mecanismos de solución de conflictos colectivos en nuestro país. Finalmente, en la tercera y última parte analizamos la naturaleza contractual del arbitraje y exponemos las razones por las cuales consideramos que el arbitraje potestativo es a nuestro entender un mecanismo arbitrario para la solución de los conflictos sindicales.

II. LA NEGOCIACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo es, sin duda, el rasgo más característico del carácter concertado de las normas sociales, y es que no podría ser de otra manera, tomando en cuenta que la negociación satisfactoria entre los actores sociales conduce al nacimiento de una de las fuentes primordiales del Derecho del Trabajo: la convención colectiva de trabajo.

Recordemos que hasta mediados del siglo XIX, las relaciones de trabajo dependían básicamente de la regulación civil que el contrato de arrendamiento de servicios ofrecía; sin embargo, el Derecho Civil construido sobre dos pilares fundamentales, la libertad y la igualdad, pronto sería insuficiente para regular la especial relación entre trabajadores y empleadores que se revelaría en la práctica como una relación esencialmente asimétrica.

Así, en lo que al contexto histórico se refiere, la Revolución Francesa de 1789 había preconizado que la protección de la libertad individual era la piedra angular de protección legal y constitucional. Dupeyroux nos recuerda que los filósofos de la revolución y sus sucesores son partidarios del postulado según el cual los hombres nacen libres e iguales, para llegar a la conclusión que las relaciones jurídicas

establecidas voluntariamente entre estos individuos libres e iguales son necesariamente las más idóneas y conformes a sus intereses respectivos[1]. Esta teoría conducía a eliminar toda posibilidad de regulación o limitación del libre juego de la autonomía de la voluntad.

En aquel momento, cualquier intento legislativo que se hubiese atrevido a limitar la autonomía de la voluntad era considerado una aberración. Así, el Decreto *D'Allarde* y la Ley *Le Chapelier* en Francia prohibían la existencia de toda especie de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, preconizando que no hay más que el interés particular de cada individuo y el interés del Estado; sin embargo, Dupeyroux refiere que la revolución industrial suscita el desarrollo de una clase obrera donde sus miembros solo disponen de un bien, su fuerza de trabajo y cuyo único ingreso es el monto que reciben de quien alquila sus servicios. Es entonces que el trabajo humano reducido a una simple mercancía, se convierte en el rasgo característico de las relaciones laborales en dicho momento.

En este orden de ideas, dos serían las formas más importantes de corregir las iniquidades que el Derecho Civil permitía en la relación entre trabajadores y empleadores: La primera se manifiesta a través de la participación estatal a través de un conjunto de normas de carácter imperativo que limitando fuertemente la libertad contractual de las partes permiten corregir de alguna manera la asimetría contractual en la relación individual de un trabajador con su empleador. Analizando la finalidad específica del Derecho del Trabajo, Rodríguez Manzini[2] nos recuerda, que el Derecho del Trabajo se originó en la especial necesidad de protección social de los trabajadores dependientes, y por esta razón, ha sido y sigue siendo un derecho protector de los trabajadores. El mismo autor agrega que, no debemos olvidar que el Derecho del Trabajo parte así de una de una desigualdad entre trabajador y empleador, que es necesario corregir o mitigar para evitar que se transforme en sometimiento del más débil a las condiciones del poderoso, y ponga en grave riesgo los más elementales derechos de la persona que trabaja e, incluso, su misma existencia física[3].

La segunda forma de corregir esta natural asimetría es mucho más compleja que la primera pues no nace de una imposición legal y mucho menos estatal, sino de un hecho social: El nacimiento de la organización sindical y su vocación de defensa de los derechos sociales de los trabajadores.

Así, Monereo Pérez advierte que: "Hay que tener en cuenta que el sindicalismo como acción (movimiento social), y su resultado organizativo personificado e institucionalizado, el sindicato, es un hecho social diferenciado. Existen cuando se

(1) DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 17ème edition. Dalloz. Paris, 2011, pp. 16 y ss. Traducción libre.
(2) RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. *Derecho del Trabajo*. T.1. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 26 y ss.
(3) Ibídem, p. 27.

producen las circunstancias que provocan su aparición; por eso el fenómeno sindical es anterior al ordenamiento jurídico"[4]quedando demostrada de esta manera la compleja naturaleza jurídica de estas organizaciones y la finalidad para la cual han sido constituidas. Para Vannes, las relaciones colectivas, encuentran la razón de su existencia en la celebración de convenios colectivos de trabajo nacidos de la negociación colectiva o del conflicto colectivo[5].

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Gernigon, Odero y Guido[6] señalan que la colaboración entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y entre ambos tipos de organizaciones y las autoridades públicas, se centra fundamentalmente en primer lugar a través de los instrumentos de consulta; y en segundo lugar a través de la negociación colectiva. Los referidos autores señalan que la negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.

Para la OIT, la negociación colectiva juega un rol fundamental en la construcción del Derecho del Trabajo. Recordemos en primer término que la OIT es la única institución internacional que reúne el carácter de tripartita, pues en ella participan de manera paritaria representantes del Estado miembro, de sus organizaciones sindicales más representativas, así como de las organizaciones de empleadores que también reúnan dicho carácter. Así, la Declaración de los fines y objetivos de la OIT adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, estableció en su artículo I, literal d) que la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común, siendo este el espíritu que en gran medida informa el desarrollo y evolución del Derecho del Trabajo.

En este sentido y tal como referimos, la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del Derecho del Trabajo. Así, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ha establecido que: "(...) deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las

(4) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011, p. 6.
(5) VANNES, Viviane. *Questions approfondies de droit collectif du travail*. Vol. 1. P.U.B. Bruxelles, 2008, p. 2. Traducción libre.
(6) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Ginebra, 2000, p. 9.

organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. (...)".

Por su parte, el artículo 2 del Convenio 154 de la OIT señala que la expresión *negociación colectiva* comprende todas las tratativas que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de trabajadores, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Para Rodríguez Mancini[7], "la habilitación jurídica de la negociación de grupos de trabajadores en conjunto, en el lugar de cada uno individualmente, agrega a cada trabajador la capacidad negocial de la que carece por separado, con lo cual se recupera para esta rama del Derecho la posibilidad de usar el mecanismo de la legislación autónoma y se vuelve al funcionamiento del derecho común o, por lo menos, como si fuera el del derecho común". Consideramos que la posición del autor resulta ser parcialmente cierta, por cuanto, asumir que la sola existencia de la organización sindical permite equilibrar las relaciones entre empleadores y trabajadores, significaría aceptar que en el terreno de la negociación colectiva, todos los aspectos contractuales de la relación laboral serían negociables siempre y cuando se respeten las normas imperativas reguladas por el ordenamiento civil; sin embargo, para el caso específico del Derecho del Trabajo no basta que la negociación colectiva respete el carácter imperativo de las normas de derecho común, sino que todo contrato colectivo o convenio colectivo deberá respetar a su vez el carácter imperativo de las normas de Derecho Laboral, quedando la autonomía de la voluntad eliminada en cuanto a la posibilidad de acordar derechos o imponer obligaciones por debajo de los estándares mínimos que las normas imperativas establecen.

Sin embargo, la negociación colectiva sí permite fortalecer la posición de los trabajadores y eventualmente de los empleadores en la búsqueda de acuerdos que estando por encima de la norma imperativa, puedan ser mucho más ventajosos que los acuerdos a los que solo el trabajador podría alcanzar en una negociación individual con el empleador.

En condiciones ideales, toda negociación colectiva llevada a cabo de forma espontánea y voluntaria debería llevar a las partes negociantes a la suscripción de un convenio colectivo de trabajo; sin embargo y como sucede algunas veces, en toda negociación pueden llegar a presentarse puntos de discordia entre las partes que impidan que se pueda concluir satisfactoriamente un acuerdo colectivo. Caivano refiere sobre este punto, que por obvio que parezca conveniente recordar que la

(7) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge y otros. *Derecho del Trabajo*. T.3. Astrea, Buenos Aires, p. 97.

heterogeneidad es natural entre las personas. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, derivar en conflictos[8].

IV. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A partir de la redacción del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT se advierte que la negociación colectiva debe ser siempre libre y voluntaria; sin embargo Gernigon, Odero y Guido[9] recuerdan que la Comisión de Expertos de la OIT ha constatado que los problemas que surgen más frecuentemente en relación con el carácter voluntario de la negociación colectiva son: la fijación unilateral (por la legislación o las autoridades) del nivel de las negociaciones; la exclusión de determinadas materias del ámbito de negociación; la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias, entre otras.

En efecto, Bueno Magano refiere que el proceso de negociación consta de tres momentos culminantes: la determinación de las unidades negociadoras, la delimitación del objeto de la negociación y la obligación de negociar de buena fe[10].

Sobre esta materia, los casos más emblemáticos que ha conocido nuestro país en los últimos años son los que resolvió el Tribunal Constitucional a través de la STC recaída en el Expediente 0261-2003-AA/TC (Caso CAPECO) y la STC recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC (Caso Sindicato Único de Trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao (SUTRAMPORPC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), en la que el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 010-2003-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[11], que establece que a falta de acuerdo entre las partes, la negociación debe llevarse a nivel de empresa al considerar que dicho texto contraviene el texto del artículo 28 de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (...) fomentando la negociación colectiva y promoviendo formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De acuerdo al fundamento 28 de la referida sentencia: "dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (...)

(8) CAIVANO, Roque y otros. *Negociación y Mediación*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª Ed. 2006, pp. 105-106
(9) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. Ob. cit., pp. 29-30
(10) BUENO MAGANO, Octavio. "La representación sindical" En *Derecho Laboral*. T. XXVI, 129, Montevideo, 1983, pp. 123-124.
(11) El primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 010-2003-TR, señala que: "Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior [empresa, rama de actividad o gremio], las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".

ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de negociación" lo que consideramos acertado por parte del Tribunal Constitucional; sin embargo, en el fundamento 29 de la misma sentencia el Tribunal Constitucional establece también que ante la inconstitucionalidad generada, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga. En el mismo sentido, la resolución aclaratoria de la STC, expedida casi un año después de la fecha de la sentencia, señala que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo 010-2003-TR[12], el cual es de carácter potestativo, agregando el Tribunal Constitucional, que sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este.

Respecto a este punto, si bien la Recomendación sobre la negociación colectiva 163 de 1981 señala en el numeral 1 del artículo 4 que: "En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional", consideramos que el Tribunal Constitucional se habría extralimitado en sus funciones al señalar sin razón alguna que a falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, este debería ser resuelto mediante arbitraje y además pese a que le llama arbitraje potestativo, en realidad estaríamos frente a un arbitraje de naturaleza unilateral y forzado, habida cuenta el carácter contractual de esta institución que a continuación desarrollaremos. Más adelante en el presente trabajo regresaremos sobre los alcances de esta sentencia, sobre todo en lo que al arbitraje potestativo se refiere.

V. LA TEORÍA DEL CONFLICTO SINDICAL EN EL PERÚ Y LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN

1. Evolución del tratamiento legislativo sobre conflictos sindicales

Resulta curioso, pero las primeras normas de naturaleza laboral que existieron en nuestro país, precedieron a la primera Constitución Política del Estado que reguló constitucionalmente la protección laboral: la Constitución de 1920. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo de fecha 24 de enero de 1913 promulgado por el Presidente Billinghurst reglamentó las huelgas en el Perú justificando la decisión en la situación irregular que crean las huelgas en la economía social. Así el artículo 2 del referido decreto estableció textualmente que: "Cuando el patrón, por cualquier motivo se niegue a atender las peticiones de los delegados obreros, que serán formuladas

(12) El artículo 61 del D.S. 010-2003-TR establece que si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

por escrito, podrá dentro de un plazo no mayor de 24 horas, designar uno o más árbitros, para que en unión de los que designen los obreros, resuelvan las controversias. Los obreros designarán, dentro de las 24 horas subsiguientes un número de árbitros igual al designado por los patrones".

El trámite previsto en dicha norma era bastante expeditivo, por cuanto el artículo 4 de la misma señalaba que las autoridades de policía reconocerían oficialmente las huelgas y ampararían sus derechos si: a) el patrón dejase de designar sus árbitros en el plazo de 24 horas; b) si constituido el Tribunal Arbitral transcurriesen más de 4 días sin que se expida el laudo respectivo; o, c) si la cesación del trabajo se produjera no omitiendo el requisito de ser decidida con la concurrencia de no menos de las ¾ partes del número de obreros en servicio activo.

Por su parte, la Constitución Política del Estado de 1920 estableció en su artículo 48 que los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio y en el mismo sentido, el artículo 49 estableció que a través de la regulación infraconstitucional se establecería la forma cómo debían organizarse los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las referidas controversias.

La regulación precedente quedó modificada por el Decreto Supremo de fecha 23 de marzo de 1936, el cual creó la existencia de una Junta de Conciliación formada por 2 representantes obreros y 2 patronales y presidida por el Jefe de la Sección de Trabajo, a fin de resolver las reclamaciones presentadas ante el empleador. El artículo 49 de la referida norma estableció además la posibilidad de someter la resolución del conflicto ante un Tribunal Arbitral en los siguientes supuestos: a) que haya fracasado la conciliación; b) cuando alguna de las partes ponga dificultades a sus trámites; c) o de común acuerdo.

El artículo 50 de la norma precisó además que el Tribunal Arbitral estaría compuesto por un árbitro nombrado por cada parte y eventualmente el Presidente de la Corte Suprema en Lima o el Presidente de las Cortes Superiores en provincias designaría al Presidente. Una vez instalado el Tribunal, el plazo máximo para expedir el laudo era de 8 días. Por su parte, la Ley 8930 del 3 de agosto de 1939 concede la autoridad de cosa juzgada y reconoce mérito ejecutivo a los laudos y las resoluciones de la Dirección General de Trabajo. Cabe resaltar también que mediante Decreto Supremo de fecha 10 de julio de 1948 se autorizó la posibilidad de revisión de los laudos en los casos de defectos formales a cargo del Tribunal Arbitral de Asuntos Colectivos con sede en Lima.

En seguida se publicaría el D.S. 006-71-TR que ha sido la norma que reguló las relaciones colectivas de trabajo en nuestro país hasta su derogación por el Decreto Ley 25593 - Ley de relaciones colectivas de trabajo, su TUO el D.S. 010-2003-TR y su respectivo reglamento. El artículo 13 del D.S. 006-71-TR modificado por

el decreto supremo 009-86-TR establecía que si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, esta sería resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo.

Es decir, que en algunos años y hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 25593 habíamos pasado de una forma de solución de conflictos heterocompositiva como el arbitraje, para luego abandonar el mismo, retomando las etapas de trato directo y conciliación, para finalmente dejar en dicho momento en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo la resolución del conflicto sindical, que inicialmente debía ser resuelto directamente por las partes.

2. La actual regulación sobre solución de conflictos sindicales

La actual regulación sobre relaciones colectivas en el Perú plasmada en el Decreto Supremo 010-2003-TR - TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento, prevé la posibilidad de resolver el conflicto colectivo de trabajo en tres etapas: 1) el trato directo; 2) la conciliación; y 3) el arbitraje.

En efecto, la norma exige que toda negociación colectiva –salvado el tema del nivel en el que debe entablarse la negociación– debe iniciar con el trato directo entre los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores; si dicha etapa fracasa, de oficio o a pedido de parte la Autoridad Administrativa de Trabajo, puede intervenir promoviendo un acuerdo conciliatorio entre las partes y de fracasar esta etapa se puede acceder al arbitraje. Es precisamente sobre este último punto que vamos a centrar nuestro análisis.

VI. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SINDICALES

1. La voluntad de las partes como esencia del arbitraje

Como hemos podido constatar *supra,* el arbitraje en tanto método de solución de conflictos sindicales no es nuevo para nuestro país y tampoco es nuevo para la OIT. En efecto, para la OIT resulta primordial que los conflictos colectivos de trabajo se resuelvan atendiendo a mecanismos voluntarios que permitan asegurar que ambas partes participen libre y espontáneamente en la adopción de una solución que resulte siempre el producto de la concertación social. Así, el artículo 6 de la Recomendación 92 de la OIT señala que, si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lock outs* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.

En el mismo sentido, el Convenio 154 de la OIT prevé la posibilidad que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente

las partes en la negociación colectiva; este es el mismo sentido del Convenio 151 de la OIT cuyo artículo prevé que la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, que inspiren la confianza de los interesados.

Ahora bien, el arbitraje en tanto método heterocompositivo de solución de conflictos tiene un origen ineludiblemente contractual, pues son las partes quienes acuerdan libremente someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. La base sobre la cual se construye y se desarrolla el arbitraje es el convenio arbitral, recordemos que en la redacción original de nuestro Código Civil de 1984 los artículos 1906 a 1922 regulaban la materia denominada *cláusula compromisoria* dentro del libro de fuentes de las obligaciones.

Si bien, dichos artículos del Código Civil fueron derogados por el Decreto Ley 25935 del 10 de diciembre de 1992 –primera norma que reguló el arbitraje de manera independiente en el Perú– esta derogación solo sirvió para reforzar el origen contractual y por ende voluntario de la institución arbitral, lo que quedó confirmado tanto con la Ley 26572 y la norma que regula actualmente el arbitraje que es el Decreto Legislativo 1071.

El artículo 13 de esta norma establece precisamente que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El propio Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Expediente 00061-2008-PA/TC (Caso Rímac Internacional) señaló en su fundamento 10 que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural; cabe resaltar que el Tribunal Constitucional no hacía más que repetir un precedente vinculante sobre la materia ya pronunciado en la STC recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC (Caso Padilla Mango) agregando además en el fundamento 14 de la STC recaída en el caso Rímac Internacional que el arbitraje voluntario, por el contrario, tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y fundamento del proceso arbitral.

Caivano, refiere además, que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro[13]. El mismo autor, citando a Aramburú Menchaca, señala que entre las razones que llevan a las personas a buscar en el arbitraje la solución a

(13) CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 50.

sus conflictos, indudablemente la expresión de confianza es la más importante, por cuanto significa un reconocimiento de la pericia, de la capacidad intelectual del árbitro, del sentido de equidad que pondrá en la resolución del pleito; pero ante todo un reconocimiento a su probidad[14].

En el mismo sentido, Bullard advierte que "incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional". El mismo autor agrega que el "arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas"[15]. Sobre el mismo punto, De Trazegnies ha señalado que: "Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato (...)"[16].

2. La justificación de la existencia de arbitrajes obligatorios

Pese al origen evidentemente contractual del arbitraje, bajo determinadas circunstancias el legislador se ha visto en la necesidad de implementar mecanismos obligatorios de arbitraje. En efecto, Caivano refiere que el arbitraje es forzoso cuando ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente[17].

Pese a que la OIT insiste permanentemente en que cualquier método para solucionar un conflicto colectivo debe partir de la voluntad de las partes y de la libre manifestación de su voluntad, el artículo 68 del D.S. 010-2003-TR - TUO de la LRCT, prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa promueva un arreglo directo u otra forma de solución pacífica del conflicto en los casos que una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

La redacción de este artículo no hace sino demostrar y reafirmar que la regla general para resolver un conflicto colectivo debe partir siempre de la voluntad de las partes y que en todo caso el arbitraje debe ser por regla general voluntario, y que solo bajo determinadas circunstancias graves y de excepción la Autoridad Administrativa de Trabajo pueda intervenir poniéndole fin al conflicto directamente u

(14) CAIVANO, Roque. Op. Cit. p. 81
(15) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "¿Y quiénes están invitados a la fiesta?" En: *Latin Arbitration Law review*, consultado el 8 de agosto de 2012. En: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>.
(16) TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". En: *Revista Ius Et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29, 2004. p. 16.
(17) CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 83.

obligando a las partes adoptar un método de solución del mismo, sea autocompositivo o heterocompositivo.

Sin embargo, con la STC recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC) el Tribunal Constitucional elimina la voluntad de las partes en el marco de una negociación colectiva estableciendo que a falta de acuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación este conflicto debería resolverse en el arbitraje, señalando además –casi un año más tarde– que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es el "arbitraje potestativo" que se caracteriza no por la imposición del mismo por parte del legislador, sino por la imposición unilateral del mismo por alguna de las partes. En buena cuenta, estaríamos frente a un arbitraje forzoso no como lo entiende la doctrina en el sentido que es impuesto por la ley, sino frente a un arbitraje que es impuesto de manera unilateral por alguna de las partes.

VII. EL ARBITRAJE POTESTATIVO Y SU CARÁCTER ARBITRARIO

En la regulación nacional sobre relaciones colectivas de trabajo, podemos encontrar hasta tres tipos de arbitraje: **a) El arbitraje voluntario**; que supone que al término de la negociación directa o de la conciliación, los trabajadores y sus representantes podrán proponer al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de este. El carácter voluntario de este tipo de arbitraje se confirma cuando el artículo 49 del Reglamento de la LRCT señala que la decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta de denominada "compromiso arbitral" que no es otra cosa que la suscripción del convenio arbitral; **b) El arbitraje obligatorio**; cuya existencia se deriva del ya citado artículo 68 del TUO de la LRCT, que aunque no lo señala expresamente, faculta a la Autoridad Administrativa de Trabajo a obligar a las partes a adoptar una solución para poner fin al conflicto y que pasa eventualmente por someter la controversia a arbitraje; y, finalmente, **c) El arbitraje potestativo**: creado a partir de la STC recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC) y la inclusión del artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[18] que se caracteriza por su carácter unilateral y forzado.

1. La arbitrariedad de un arbitraje no consensuado

La redacción del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT señala que las partes tienen la facultad de imponer el arbitraje potestativo en dos supuestos: a) Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido, lo que se deriva del fundamento 29 de la STC recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC); y b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o

(18) Artículo incorporado por el artículo 1 del D.S. 014-2011-TR.

evitar el logro de un acuerdo[19]. La parte final del segundo párrafo señala además que este arbitraje no requiere la suscripción de un compromiso arbitral.

La propia R.M. 076-2012-TR mediante la cual se aprueba la Directiva General "Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados 'extraprocesos', la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional" define a este arbitraje como uno "unilateral o voluntario vinculante" mediante el que, en "función de una prerrogativa normativa, inspirada en la jurisprudencia nacional", "las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión".

En primer lugar y luego de todo lo desarrollado, nos preguntamos si existe la posibilidad de la existencia de un "arbitraje unilateral" y que además no requiere suscripción de un convenio arbitral. Consideramos que la respuesta es negativa, por cuanto o el arbitraje nace de la libre voluntad de las partes a través de la suscripción de un convenio arbitral, o el arbitraje viene impuesto por el legislador en una situación extraordinaria y excepcional solo justificada por razones de interés general; pero que exista un arbitraje impuesto por una parte a la otra, sin mayor requisito que la invocación de una de las partes de un acto de mala fe; o en su defecto la imposibilidad de ponerse de acuerdo en el nivel o contenido de la negociación puede ser una fuente de mayores conflictos que de soluciones.

Si bien se podría pensar que la existencia del arbitraje potestativo pueda coadyuvar a las partes a tratar de agotar por todas las vías la negociación al nivel de trato directo, en la práctica la existencia de dicho arbitraje cae como una espada de Damocles sobre la cabeza del empleador o de la organización sindical que pueden verse condicionados a negociar o a capitular ante el arbitraje potestativo.

La citada Directiva ha señalado que el arbitraje potestativo es un mecanismo compositivo preferible a la intervención administrativa resolutiva en los conflictos colectivos, toda vez que ella supone una forma de solución de controversias autónoma; sin embargo, la práctica permite demostrar que el arbitraje "potestativo" no es más que una decisión unilateral impuesta por una de las partes a la otra sin que exista consenso o acuerdo de voluntad alguno destinado a someter la controversia a arbitraje.

El espíritu de los instrumentos de la OIT ha sido siempre el de fomentar no solo la negociación voluntaria, sino de procurar que no se recurran a medidas de coacción que puedan alterar el carácter voluntario de la negociación; lamentablemente y en nuestra opinión, la existencia del arbitraje mal llamado "potestativo", pues es en buena cuenta un arbitraje "forzado" e impuesto por una de las partes a la otra, no hace más que condicionar la negociación no permitiendo llegar a acuerdos

(19) Los supuestos de mala fe se encuentran establecidos en la R.M. 284-2011-TR.

óptimos y mucho menos permitiendo que sea la voluntad de ambas partes y no la de una de ellas la que genere la decisión de someterse a la jurisdicción arbitral.

En nuestra opinión, el "arbitraje potestativo" contraviene todos los instrumentos de la OIT que tratando de asegurar la negociación libre y voluntaria proscriben la existencia de mecanismos de coacción. En esta forma de arbitraje creado por el Tribunal Constitucional y desarrollado a través de normas infralegales, la coacción ya no viene impuesta por el Estado, pero es generada por este, que permite que ante cualquier circunstancia alegada de mala fe, o a la mínima discrepancia respecto al nivel en que debe entablarse la negociación, cualquiera de las partes pueda directamente obligar a la otra a someterse a una jurisdicción que esta previamente no ha aceptado.

El arbitraje potestativo, no se justifica –como sí podría justificarse el arbitraje obligatorio– en razones de interés general; sino por el contrario se justifica en el interés particular de una de las partes de la negociación social, que antes de negociar directamente prefiera someter a la otra directamente al arbitraje con resultados que no siempre van a resultar satisfactorios para ambas partes.

VIII. CONCLUSIONES

1. El arbitraje potestativo, a diferencia del arbitraje voluntario e incluso el obligatorio no responde a la finalidad del procedimiento arbitral, permitiendo que una de las partes lo imponga a la otra sin mediar consentimiento entre ambas.

2. El arbitraje potestativo va en contra de la regulación que la OIT prescribe para la solución de conflictos colectivos y que exige el respeto a la voluntad de las partes.

3. El Tribunal Constitucional a través de la STC recaída en el Expediente 3561-2009-PA/TC y su resolución aclaratoria se habría excedido en sus funciones al prescribir el arbitraje impuesto como la forma de resolver un conflicto colectivo.

4. El arbitraje potestativo no permite generar acuerdos eficientes entre los actores sociales, al romper con el principio de negociación libre y voluntaria, reemplazándolo por un mecanismo de imposición y coacción entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

1. BUENO MAGANO, Octavio. "La representación sindical" En: *Derecho Laboral*. Tomo XXVI, 129, Montevideo, 1983.

2. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "¿Y quiénes están invitados a la fiesta?" En: *Latin Arbitration Law review*, consultado el 8 de agosto de 2012. Disponible En: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

3. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

4. CAIVANO, Roque y otros. *Negociación y Mediación*. AdHoc, Buenos Aires, 2ª. Ed. 2006.

5. DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 17ème edition. Dalloz. Paris, 2011.

6. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Ginebra, 2000.

7. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011.

8. RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. *Derecho del Trabajo*.Tomo 1 y 3, Astrea. Buenos Aires. 2010.

9. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje", En: *Revista Ius Et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nº 29, 2004.

10. VANNES, Viviane. *Questions approfondies de droit collectif du travail*. Vol. 1. P.U.B. Bruxelles, 2008.

LAS CLÁUSULAS DE DESCUELGUE SALARIAL Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES SINDICALES EN EL PERU EN EL MARCO DE LA INAPLICACIÓN SALARIAL AL INTERIOR DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Jorge Luis MAYOR SÁNCHEZ

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España

SUMARIO

I. La cláusula de descuelgue sindical en materia salarial. **II.** La implantación del descuelgue salarial en la legislación peruana y la inclusión de la cláusula de inaplicación salarial como prioridad de los convenios de empresa y como mecanismo para la resolución de conflictos al interior de las relaciones sindicales en la empresa. **III.** La necesidad de una reforma laboral que implique un equilibrio en las relaciones laborales en el Perú. **IV.** Los cambios más importantes que deberían producirse en la ley de relaciones colectivas de trabajo Decreto Supremo Nº 010-2003-TR con relación a las cláusulas de descuelgue y la inaplicación salarial. **V.** La necesidad de la implementación de una reforma laboral en torno a la incorporación de una serie de medidas que hagan viable los descuelgues salariales y la inaplicación salarial en el marco normativo del sistema de relaciones laborales en el Perú. **VI.** Conclusiones. Bibliografía.

I. LA CLÁUSULA DE DESCUELGUE SINDICAL EN MATERIA SALARIAL

Las cláusulas de descuelgue salarial buscan con ello estudiar la inaplicación del rango o margen de los salarios que han sido negociados al interior de un convenio colectivo, por una parte a cargo del sindicato de trabajadores de la empresa y, por la otra, por el representante o los representantes de la empresa.

Tengamos en cuenta, por ejemplo, que en el ordenamiento jurídico español en el artículo 82.3 literal c) del Estatuto de los Trabajadores de España dice que: "los convenios colectivos de ámbito superior a empresa, establecerán las condiciones y procedimientos a través de los cuales podría no aplicarse el régimen salarial, en aquellas empresas, cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de la inaplicación de este régimen salarial, pero si en estos convenios, no aparece la citada cláusula podrá producirse el descuelgue salarial entre el empresario y el representante de los trabajadores y en defecto de tal acuerdo, resolver la comisión paritaria".

De este artículo se desprende una serie de características que podríamos aplicar en la promoción de la implantación de la inaplicación salarial en los convenios colectivos de trabajo suscritos en el Perú:

En primer lugar, que el descuelgue salarial puede o podría permitir una caída libre de los salarios hasta alcanzar el salario mínimo legal o la remuneración mínima vital establecida en el país.

En segundo lugar, supondría la autorización para la variación o modificación en torno al régimen salarial, es decir, en cuanto a su cuantía y no al modo o forma de como se va a pactar dicha cuantía.

En tercer lugar, que en defecto de las cláusulas de convenio colectivo, este descuelgue se puede producir por acuerdo entre el empresario y el o los representantes de los trabajadores debidamente elegidos.

En cuarto lugar, los acuerdos del descuelgue salarial deberán ser en su momento registrados al igual que ocurre con todos y cada uno de los convenios colectivos de trabajo.

En quinto lugar, la empresa deberá acreditar que para que se produzca este descuelgue salarial, esta situación de déficit o pérdida por lo menos durante los dos años anteriores a la solicitud y con la previsión de que esta situación se va a mantener durante un **año en curso más lo cual otorga un espacio más que suficiente**. Además, la empresa deberá acreditar documentalmente esta situación de déficit o en caso de sucesivas pérdidas.

En sexto lugar, la solicitud de descuelgue salarial deberá presentarse cuando el convenio colectivo de trabajo ya se hubiera publicado y ante la instauración de la respectiva comisión paritaria creada para dicho efecto.

En sétimo lugar, si no se lograra el acuerdo, para el descuelgue salarial, lo decidiría la comisión paritaria atendiendo a estas circunstancias de déficit o pérdidas.

En octavo y último lugar, el periodo de descuelgue salarial, durará hasta que la situación económica de la empresa mejore o pueda mejorar. Ahora bien, si no, mejora podrá tener una duración de un año, admitiéndose incluso las oportunas prórrogas cuando esta situación económica sea prolongada en el tiempo.

II. LA IMPLANTACIÓN DEL DESCUELGUE SALARIAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y LA INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE DE INAPLICACIÓN SALARIAL COMO PRIORIDAD DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA Y COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS AL INTERIOR DE LAS RELACIONES SINDICALES EN LA EMPRESA

Por cuanto se refiere a la negociación colectiva, se hace necesaria la implementación de una reforma a la actual existente Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo peruana - Decreto Supremo N° 010-2003-TR, para incorporar ciertos supuestos de la denominada cláusula de descuelgue salarial respecto de los convenios colectivos de ámbito superior. Teniendo evidentemente en cuenta que cuando concurran en su momento causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo podrá acordarse la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el referido convenio colectivo de ámbito superior aplicable en materia de jornada de trabajo; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo por una serie de turno incluidas las jornadas atípicas; los sistemas de remuneración y la cuantía salarial incluidas las franjas remunerativas; los sistemas de trabajo y rendimiento; las funciones laborales a realizar, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional laboral ordinaria del empresario y mejoras voluntarias de la acción protectora contempladas por parte de la seguridad social peruana. Ampliándose, pues, materias que pueden verse afectadas por la llamada cláusula de descuelgue salarial.

Además, para intentar superar los tradicionales criterios restrictivos que se podrían presentar sobre lo que puede entenderse como causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conocidas estas dos últimas como causas estructurales, por lo que, habría que intentar establecer que es lo que debe entenderse por tales causas, aunque evitando con ello establecer un cerrado númerus clausus.

En ese sentido, debería establecerse en la legislación peruana la presunción legal de que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica completamente negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres meses consecutivos. Por otro lado, los

cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción se reputan desde ya como causas técnicas. Se aceptan como causas organizativas los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y como causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o de una serie de servicios que la empresa o las empresas pretenden colocar en el mercado nacional e internacional. En cualquier caso, y a pesar del esfuerzo del legislador los términos recogidos son lo suficientemente amplios como para tener que esperar a la interpretación que realice la judicatura laboral a la hora de procesar los asuntos concretos que se vayan planteando.

La necesidad de introducir un periodo de consultas dentro de la empresa con los delegados de personal, con el comité de empresa o, en su caso, con las respectivas secciones sindicales pertenecientes a sindicatos con representación suficiente como para participar en la negociación colectiva y, si no existen, con un comité de trabajadores elegido a tal efecto por tratarse de una situación de gran coyuntura económica.

Cuando el periodo de consultas concluya con un acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas para dar inicio al denominado descuelgue salarial, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción laboral (a través de los jueces especializados de trabajo) por los vicios en lo que ha sido la prestación del consentimiento por parte de los trabajadores, como puede ser la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su respectiva conclusión.

El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su respectivo tiempo de duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio colectivo en dicha empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo de trabajo y a las respectivas autoridades laborales en su debido momento.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas la incorporación de la cláusula de inaplicación salarial debería ofrecer una doble vía para poder superarlo, así posibilita que cualquiera de las partes pueda someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo que dispondrá en su momento de un plazo máximo de tres días para pronunciarse y si esta no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos sindicales-patronales de ámbito nacional cuando fijen las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito permitiendo la norma que pueda establecerse el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante de ser necesario el caso, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá

la misma eficacia que los acuerdos en el respectivo periodo de consultas. En defecto del anterior mecanismo, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de nuestro país cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el ámbito del territorio peruano.

Lo que se intenta con la reforma es que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa y para ello fija plazos cerrados para resolver los incidentes que puedan surgir en su desarrollo y acude a estas entidades cuya neutralidad se presupone en base a su naturaleza tripartita y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales, empresariales y de la propia autoridad administrativa de trabajo.

En ese orden de cosas, debe entenderse la previsión de que los acuerdos sindicales-patronales puedan prever soluciones arbitrales para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y la atribución del carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes involucradas. Particular importancia tiene la previsión de que, en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio. Este punto resulta uno de los más controvertidos toda vez que, desde algún sector, se considera que la imposición a las partes de un arbitraje podría vulnerar el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 139 numeral 1 de la Constitución Política del Perú de 1993. Sin embargo, en los términos en que está prevista la figura del arbitraje, como resultado de un acuerdo de las partes y tan solo como un instrumento para evitar que el mantenimiento indefinido de situaciones de bloqueo, parece que este instrumento operará como un último recurso que no sustituye a la negociación colectiva y que evitaría que se reiteren situaciones como el conflicto de los controladores aéreos que obligó en su momento al Estado peruano a tomar medidas drásticas como la posibilidad de prever la necesidad de contratar controladores aéreos extranjeros durante los días que pudiese durar dicha paralización.

Otro aspecto importante en la necesidad de una reforma de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que incluya las cláusulas de descuelgue salarial para la inaplicación salarial lo constituye la consolidación de la prioridad del convenio de empresa sobre el convenio colectivo en sí. La necesidad de una reforma del mercado de trabajo también pretende incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. No obstante, la efectiva descentralización de

la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios colectivos de todo nivel impidiendo tal vez que se pueda implantar esa prioridad aplicativa.

La reforma que buscamos e impulsamos profundiza en este punto impidiendo que existan resquicios para limitar esa prioridad de incorporarla en nuestra legislación nacional. Así, a partir de ahora, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá una relativa prioridad aplicativa respecto del convenio colectivo de todo ámbito o nivel en las siguientes materias:

a) La cuantía del salario base o de referencia y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación real y a los resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extras y la retribución específica del trabajo sujeto a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de todos y cada uno de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos al determinar las cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando en su caso las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito o de distinto nivel.

Asimismo, para evitar que se perpetúen situaciones de bloqueo en la negociación colectiva, prevemos que "transcurridos un año desde la denuncia del convenio colectivo de trabajo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral referente, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación en su respectivo momento".

En definitiva, se tratará en su momento de una serie de medidas que tienden a disminuir la presión que sobre los pequeños empresarios que tienen las decisiones tomadas entre los grandes sindicatos y las grandes asociaciones empresariales, potenciándose así la negociación en el ámbito de la empresa. Ello puede favorecer, como podrían en su momento denunciar las centrales sindicales, que prevalezca la fortaleza empresarial frente a la debilidad del trabajador y se produzca un importante retroceso en las condiciones de trabajo.

Pero, desde otro punto de vista, también es cierto que el cambio regulatorio coincide con una situación que se ha venido consolidando en los últimos tiempos fruto del evidente distanciamiento de las grandes centrales sindicales con la realidad social de nuestro país. Cada vez con más frecuencia, aparecen nuevos sindicatos independientes que sin llegar a alcanzar los niveles de representatividad exigidos legalmente para tener la condición de ser los más representativos en nuestro país, buscan tener una presencia notable en los comités de empresa de determinadas empresas o sectores. La necesidad de esta reforma ofrece la oportunidad de responder a este sindicalismo independiente ajenos de los avatares políticos partidarios con la finalidad de poder demostrar que también en el ámbito interempresarial, existen otras formas eficaces de defender los intereses de los trabajadores que el mecanismo tradicional basado en dos, tres o cuatro grandes centrales que al final simplemente como en el caso peruano a veces no hacen nada y mantienen cautivos a los sindicatos de nuestros países y a sus respectivos afiliados.

Esta regulación obedecía a que la cuestión del salario es un dato clave, junto a la jornada, para la competencia entre las empresas, de manera que se justificaba un reforzamiento del papel del convenio colectivo de trabajo de cara a los acuerdos de empresa de modificación de condiciones de trabajo para evitar problemas de competencia y *dumping* social[1]. Por esa razón, es el propio convenio el que contenía en materia salarial la regulación del descuelgue, limitando así su alcance al prever excepciones. No se trataba tanto de inaplicación del convenio sino de aplicar el mismo también en aquellos casos en que se admitían excepciones a la aplicación del régimen salarial.

III. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LABORAL QUE IMPLIQUE UN EQUILIBRIO EN LAS RELACIONES LABORALES EN EL PERÚ

La necesidad de una reforma laboral en materia de Derecho Colectivo del Trabajo en esta materia que se propone a corto plazo podría cambiar el equilibrio del mercado de trabajo peruano. No solo por la incorporación de una nueva regulación que podría desde ya cambiar de verdad el rostro de las relaciones laborales en el Perú dándole un rostro fresco a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo vigente. Debiendo la Autoridad Administrativa de Trabajo, representada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo peruano conducir a una mayor flexibilidad salarial y de ahí a una mejor reestructuración de las relaciones colectivas de trabajo.

La posibilidad de la renegociación de los salarios.- Con la cláusula de descuelgue salarial, se pueden ajustar las remuneraciones **cuando afecten de manera**

(1) Así, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y SEMPERE NAVARRO, A. "El descuelgue salarial como paliativo de las crisis económicas". En: SEMPERE NAVARRO (Dir.) *Medidas laborales para empresas en crisis*. Pamplona, 2009, Thomson-Aranzadi, p. 93.

sensible a las cuentas y a los balances de la empresa en épocas de crisis. De esta forma, se establece que las empresas podrán imponer un convenio propio cuando atraviesen momentos de dificultad económica. Esto puede aplicarse de dos maneras:

a) En convenios **con cláusula de descuelgue**, se puede dejar de aplicar el régimen salarial previsto en el convenio cuando se cumplan todos los requisitos que se establezcan en la propia cláusula de descuelgue, siempre que la estabilidad económica de la empresa pudiera verse afectada como consecuencia de las tablas salariales previstas en el convenio.

b) En convenios **sin cláusula de descuelgue**, cuando la situación de la empresa lo aconseje, puede establecerse el descuelgue salarial mediante un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. En este caso, deberá demostrarse la incidencia negativa de los sueldos en las cuentas de la empresa.

¿Cuál es el procedimiento para proceder al descuelgue salarial?

Los elementos más característicos son los siguientes:

a) Se exige acreditar de forma objetiva y fehaciente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en los ejercicios anteriores;

b) El descuelgue salarial debe ser solicitado por escrito a la comisión paritaria del convenio acompañado de una determinada documentación, o debe solicitarse directamente a los representantes de los trabajadores y en su defecto a la comisión paritaria del convenio;

c) La solicitud de descuelgue debe realizarse dentro de un determinado plazo;

d) La determinación de los efectos del descuelgue se remite a acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa y en caso de no existir este se producirá o podrá solicitarse el arbitraje o mediación de la comisión paritaria del convenio o de un tercero, previéndose, expresamente, que el acuerdo o laudo será irrecurrible y ejecutivo y,

e) Asimismo, en algún convenio colectivo de trabajo se podría prever casos en que las empresas no podrán proceder al descuelgue, aun cuando se den las circunstancias para ello o se atribuye la decisión sobre el descuelgue, única y exclusivamente, a la Comisión Paritaria del convenio o a las partes del convenio y, a falta de acuerdo de estas, la fijación de los salarios se deja en manos de la comisión paritaria.

¿Cabe la cláusula de descuelgue en caso de que el salario esté previsto a nivel de convenio colectivo de empresa?

El descuelgue salarial solo es posible en convenios colectivos empresariales, ya que hace referencia expresa a convenios 'superiores a la empresa". Sin embargo, ello no impediría que en caso de no existir convenio empresarial y el correspondiente régimen salarial esté previsto en convenio de empresa se amplíen, vía negociación colectiva, las materias susceptibles de modificación previéndose de forma expresa la modificación de la cuantía salarial pactada. Si no existiese esa ampliación no sería posible modificar la mencionada cuantía por cuanto una interpretación literal del artículo 41 del TRLET, como hemos visto, lo impide.

¿Es posible a través de esta cláusula no solo dejar inaplicado el incremento salarial previsto sino también reducir el salario que ya venían percibiendo los trabajadores?

Aunque no sea la tónica general en la práctica, es admisible que en la cláusula de descuelgue se prevea no solo la no aplicación, en todo o en parte, del incremento salarial previsto sino también la propia reducción del salario a percibir, por cuanto se refiere, en términos generales, a la no aplicación del régimen salarial previsto, sin mayores especificaciones, quedando la decisión sobre el alcance de la inaplicación en manos del concreto convenio colectivo. Ello implicaría la posibilidad de autorizar a las empresas, vía cláusula de descuelgue salarial, a que ante una situación de pérdidas no solo dejen inaplicado el incremento salarial pactado sino también a que disminuyan temporalmente las condiciones salariales ya disfrutadas por los trabajadores; justificado todo ello en la voluntad de superación de una situación difícil en la empresa.

¿Puede afectar a un único colectivo de la empresa?

Resultaría muy difícilmente admisible, desde la perspectiva de la Constitución Política del Perú, el establecimiento de una cláusula de descuelgue que solo afectase a determinados colectivos de trabajadores, por cuanto tal sistema sería fácilmente calificable, salvo justificación muy probada, como discriminatorio. Sin embargo, la respuesta podría ser distinta en aquellos casos en que la situación de pérdidas está localizada en un centro de trabajo de la empresa pero no afecta a la totalidad de esta y ello porque aun cuando parece que la norma requiere una consideración de conjunto en toda la empresa y no en una de sus unidades productivas, este podría ser un terreno idóneo para la intervención de la negociación colectiva permitiendo la consideración aislada de una situación de pérdidas.

En nuestra opinión, la aplicación de la cláusula de descuelgue viene a asumir el refrán popular, "más vale pájaro en mano que ciento volando" por lo que en

caso de crisis consideramos económicamente aconsejable, y justo, llegar a pactos por los que los salarios medios aumenten o incluso disminuyan a medio plazo de forma proporcional a los incrementos de la productividad, teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto plazo a cambio de una garantía segura de mantenimiento del empleo.

IV. LOS CAMBIOS MÁS IMPORTANTES QUE DEBERÍAN PRODUCIRSE EN LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO-DECRETO SUPREMO Nº 010-2003-TR CON RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS DE DESCUELGUE Y LA INAPLICACION SALARIAL

a) Primero, dar prioridad a los convenios de empresa, sin que los de otro ámbito o nivel puedan decir lo contrario cuando se trata de resolver situaciones derivadas de la inaplicación salarial. De esta manera se descentralizará más la negociación colectiva, acercándonos en su momento a los estándares europeos

b) Segundo, limitar a un año la extensión de los convenios vencidos concluidos y no renegociados, salvo pacto en contrario, frente a la duración anterior de los mismos. El límite a la ultraactividad es un avance que ayudará a reducir la inercia en las condiciones laborales, aunque tal vez un año resulte siendo un periodo asequible si, como es previsible, se mantienen las condiciones existentes al vencimiento, ya sin el poder vinculante del convenio.

c) Tercero, definir la causa económica en los descuelgues salariales (tres meses de caída sucesiva de ventas). Cabe pensar que tanto los requisitos legales para firmar un convenio propio como los costos de negociación lleven a muchas pymes a seguir en los posibles convenios sectoriales que los puedan comprender. El descuelgue salarial es, por lo tanto, uno de sus pocos mecanismos de ajuste, pero no parece que vaya a resultar mucho más fácil realizarlo ahora sin un pacto interempresarial con los trabajadores. En caso de desacuerdo, añadiríamos a la presente reforma una tercera instancia de resolución que podría ser el mismo Despacho Ministerial del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo o Ente alguno (que puede delegar ello en un árbitro si no resulta ser inconstitucional), pero dada la naturaleza paritaria es improbable que facilite los descuelgues salariales.

d) Cuarto, se suprimiría la autorización administrativa para las suspensiones de contratos y reducciones de jornada colectivas dados los incentivos existentes en forma de bonificaciones para las empresas y prestaciones para los trabajadores.

Todos estos cambios van en la misma dirección mejorando el diseño y haciendo efectivos el límite a la ultraactividad y la supremacía de los convenios de empresa. Donde la necesidad de una reforma rompería radicalmente con el pasado.

e) Quinto, si hay causas objetivas, el empresario puede reducir unilateralmente el salario del trabajador dando origen a la inaplicación salarial –si inicialmente

supera el mínimo del convenio–, frente a lo que el trabajador puede pedir la rescisión del contrato con una indemnización de 10 días de salario o remuneración o recurrir en su momento a la vía judicial. Si hay proceso judicial, el empresario debe poder demostrar razones relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo para poder haber optado por la implementación de dicha medida.

Los efectos pueden generar graves problemas en el mercado de trabajo peruano donde muchas veces los salarios y otras condiciones de trabajo no responden suficientemente a la situación económica de nuestro país, lo que eleva las tasas de desempleo y lo hace más variable a lo largo del ciclo. Las medidas persiguen que esas condiciones estén más sujetas a la negociación, en respuesta a los cambios que continuamente afectan a los mercados en los que operan las empresas. La flexibilidad interna se ve además reforzada por la reducción de los costos de despido propiciados por una reforma laboral de carácter colectivo. Como se puede observar la flexibilidad interna y la externa son complementarias, lo que hará que ahora sea más fácil modificar las condiciones de trabajo y evitar así el acto propio del despido.

Los principales beneficiados por la reforma que se sugiere y que se plantea serían en buena parte las grandes empresas. Muchas de ellas negociarán convenios propios que se ajustarán mejor a las condiciones de la empresa. Sin embargo, en la medida en que haya más convenios de empresa y más descuelgues salariales, los negociadores de los convenios sectoriales también deberán tener más en cuenta la situación real y los intereses propios de las pymes y sus trabajadores, en vez de solo los de las grandes empresas, so pena de perder en su momento la respectiva influencia. Este incentivo, sin embargo, habría sido mayor si se hubiera condicionado la eficacia normativa de los convenios sectoriales a unos umbrales de representatividad reforzados para las empresas y los sindicatos en el ámbito de aplicación del convenio, como proponemos líneas arriba.

Cabe esperar, por lo tanto, que se reduzca la tasa de desempleo estructural de la economía peruana. Aunque de momento es imposible precisar en qué magnitud, podría ser importante. Investigaciones recientes encuentran que la tasa de paro es menor con negociación al nivel de la empresa que de otros niveles (alrededor del 5% menor para una economía emergente típica en crecimiento) y que ese nivel puede lograrse mediante cláusulas de descuelgue salarial eficientes. De nuevo a título de ejemplo, si lo comparamos con el estándar europeo la economía alemana era considerada hace una década atrás como "el enfermo de Europa", con crecimiento muy bajo y una tasa de desempleo del 9.3%. A partir de una amenaza por parte del Canciller Schröder de regular por ley el derecho al descuelgue salarial, los agentes flexibilizaron sus posiciones y se produjo un importante proceso descentralización de la negociación colectiva y de aplicación de cláusulas de descuelgue salarial. Por ejemplo, en 2010 (un año en que el PIB creció un 3.7%) un 9% de los establecimientos recortaron los salarios base, mientras que la tasa de desempleo fue del 7% (no atribuimos la tasa de desempleo solo a este cambio, obviamente).

La incorporación de las cláusulas de descuelgue salarial podría incidir que a medio plazo más contrataciones laborales de carácter indefinidas y más conversiones de contratos temporales a plazo fijo en indefinidos, tanto por el menor costo de despido como por la mayor flexibilidad interna de los mismos. Sin embargo, pensamos que la reforma no será eficaz en atajar la dualidad, lo que puede socavar el objetivo de reducir la rotación mediante la flexibilidad interna. El despido de trabajadores temporales sigue siendo la medida de ajuste más barata y rápida, y la experiencia reciente muestra que los trabajadores indefinidos solo flexibilizan sus posiciones una vez que la empresa ha agotado el ajuste a través del despido de los trabajadores temporales.

La dualidad podría incluso agravarse por la introducción del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, que podría alargar el periodo de prueba hasta un año en algunos casos. Este aspecto solo es relevante si la empresa renuncia a las posibles bonificaciones para estimular la creación de puestos de trabajo, pues si las cobra el contrato debe durar al menos tres años. En los casos en que la empresa renuncie a ellas, aparece una nueva casta de falsos empleados indefinidos a los que se puede despedir a costo nulo durante el primer año. Una solución mejor sería fijar para estos contratos indemnizaciones menores que las previstas en otros tipos de contrato de fomento de empleo durante los primeros dos o tres años (aunque superior en su momento a la de los contratos temporales y a plazo fijo sujetos a modalidad).

A corto plazo con esta reforma laboral que proponemos reduciríamos los costos de despido en medio de una economía que no cesa de crecer y por tanto la única manera de evitar un aumento aún mayor del desempleo en su momento es un ajuste rápido de las remuneraciones. Pero es la urgente necesidad de una "devaluación interna" lo que parece explicar la decisión del Gobierno de permitir bajadas unilaterales de las respectivas remuneraciones. Europa, por ejemplo, ha experimentado una tasa de inflación excesiva y grandes pérdidas de competitividad desde 1999 hacia adelante. Sabemos que los aumentos de los precios relativos frente al resto del mundo (apreciaciones del tipo de cambio real) son muy persistentes y también que los mecanismos alternativos, como el aumento de la productividad y la reducción de los márgenes empresariales, son difíciles de lograr en el corto plazo.

La indexación salarial y la ausencia de cláusulas de ajuste automático de los salarios ante el empeoramiento de la situación de las empresas impidieron un ajuste salarial gradual y paulatino. La reforma permitiría corregir este error a futuro, con una indudable pérdida para los trabajadores, pero no parece que haya motivos suficientes para permitir el uso frecuente de este mecanismo en el Perú.

Por una parte, las empresas deben aprender de sus errores e incluir en los acuerdos con sus trabajadores un vínculo directo entre las condiciones pactadas y la situación de la empresa. Por otra, este aspecto de la reforma erosiona la seguridad contractual y la capacidad de compromiso de las empresas, con posibles efectos indeseables. También abre la puerta a abusos, pues los empresarios pueden

presionar a los trabajadores con rebajas salariales apelando a razones de competitividad. No sabemos si los jueces laborales en el Perú darían por buena esta medida, aunque sospechamos que no, en especial si no hay reducciones equivalentes de las horas de trabajo. Pero los trabajadores podrían no recurrir por miedo al despido (cuando además podrían perder en el juicio). Por lo tanto, creemos que se deberían limitar las reducciones unilaterales de salarios a situaciones excepcionales, difíciles de predecir, y se deberían especificar mucho mejor las condiciones objetivas para llevarlas a cabo.

Por último, si realmente le preocupan posibles crecimientos salariales excesivos, el Gobierno debería crear mecanismos estables de coordinación. El posible acuerdo entre los empresarios y los sindicatos contiene algunos elementos interesantes al respecto, como la referencia a la inflación media del continente americano, que podrían dar lugar a la implementación de una serie de mecanismos institucionales, por ejemplo, creando en su momento un Foro Anual de Competitividad Laboral. Esta iniciativa podría contribuir a recomponer el dañado consenso social y nos pondría más en línea con el resto de países de América Latina.

V. LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REFORMA LABORAL EN TORNO A LA INCORPORACIÓN DE UNA SERIE DE MEDIDAS QUE HAGAN VIABLE LOS DESCUELGUES SALARIALES Y LA INAPLICACIÓN SALARIAL EN EL MARCO NORMATIVO DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN EL PERÚ

Debemos evitar llegar a una dramática singularidad en nuestro modelo de relaciones laborales: aun creciendo, siquiera levemente, debemos evitar que se destruya el empleo y, proceder a multiplicar de un modo exponencial el número de empleos. Para hacerle frente a las necesidades laborales, que el tiempo ha mostrado es indispensable realizar una serie de reformas de las reglas que regulan el contrato de trabajo y a la negociación colectiva, a lo que llama sintética, pero no inocentemente, "reforma del mercado de trabajo" y "las cláusulas de descuelgue salarial y la inaplicación salarial no son la excepción".

Sobre la necesidad de hacer una profunda reforma ya hay múltiples opiniones, de todo tipo, tanto por parte de los economistas como de los laboralistas, sea por parte de los partidos políticos sea por la de los interlocutores sociales –organizaciones empresariales, sindicatos–, e incluso de la ciudadanía en general. La radicalidad de algunas de las medidas de flexibilidad introducidas, como todas las que tienen que ver con la liberalización y el abaratamiento del costo despido, o con la ampliación de las denominadas cláusulas de descuelgue salarial y la negociación de empresa, están provocando una fuerte tensión entre quienes las consideran agresivas pero necesarias y quienes las tienen en su momento por demoledoras,

"injustas" e "ineficaces". El conflicto es tal que podría dar lugar a renacer el mito de la huelga general.

Pero en esta investigación, hemos procurado desligarnos de cualquier análisis de opinión, sin duda todos legítimos, para volcarnos en un estudio detenido, crítico sí, pero también muy operativo, práctico, de todas y cada una de las novedades que deberían introducirse en una reforma laboral en la actual Ley de Relaciones Colectivas vigente Decreto Supremo N° 010-2003-TR. De ahí que, el autor proceda a comparar de modo exhaustivo cada decisión legislativa con la situación jurídica precedente, no ya en la regulación legislativa ahora derogada y/o modificada, sino también en el conjunto del sistema de fuentes: jurisprudencia y en su momento en la tan apreciada negociación colectiva. El resultado es un más que detallado comentario de todos los puntos críticos de esta innovación que proponemos, que, por lo tanto, no se queda en los "grandes comentarios", sino que entra a desmenuzar "su aplicación operativa".

El resultado final, sin embargo, desborda esta ya sugerente labor de estudio pulcro y exhaustivo de los cambios propuestos, para proponer una conclusión más inquietante, pero quizás no menos práctica: no estamos, se diga lo que se diga, ante una reforma laboral más que se plantea, más bien se hace necesario producir una honda revisión de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo - Decreto Supremo N° 010-2002-TR. En suma, debemos dirigirnos a una dirección que altera netamente los anteriores equilibrios alcanzados, tanto en la ordenación de las relaciones individuales de trabajo –mercantilización del factor trabajo, enfatizando su condición de recurso productivo basado en el "capital humano", en la "empleabilidad"– como de las relaciones colectivas que apuntan a un modelo dinámico, "descolgable salarialmente" y descentralizado de negociación colectiva en todo nuestro país.

Así, a través de la remisión a instrumentos convencionales de naturaleza forzosamente colectiva(2), las normas reguladoras del "descuelgue" buscan garantizar, antes que nada, que sea la propia autonomía colectiva la que, sin injerencias de instancias o poderes distintos, asuma la delicada tarea de "corregirse a sí misma"(3).

(2) Ya sea a través del reenvío a los propios convenios con el fin de que establezcan las "condiciones y procedimientos" de inaplicación de su régimen salarial, o al "acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores" como instrumento modificador, los artículos 82.3 y 41.2 ET se encaminan a asegurar que la inaplicación de lo pactado en el ámbito sectorial se produzca contando, de una forma u otra, con el asentimiento de instancias representativas de los trabajadores. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El empleador en el Derecho del Trabajo*. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Ed. Tecnos-Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía, 1999, pp. 344-357.

(3) En palabras de F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Mecanismos de descuelgue salarial", AL, 1997, núm. 10, p. 191. e ídem.

VI. CONCLUSIONES

1. El descuelgue salarial se considera uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para contribuir al funcionamiento de la empresa y la flexibilidad de esta. Los mecanismos establecidos actúan mayoritariamente sobre la prestación de servicios, (movilidad geográfica, funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajos y los de suspensión o extinción de la relación laboral.
2. La cláusula de descuelgue salarial por el contrario afecta directamente al abono de las remuneraciones.
3. El convenio colectivo empresarial puede no aplicar el régimen salarial previsto en el convenio, permitiendo la adaptación de la empresa ante determinadas circunstancias adversas.
4. En épocas de crisis económica como la actual, este tipo de cláusulas adquiere especial relevancia, al tratarse de mecanismo que puede ayudar a las empresas a superar su situación negativa y de crisis.
5. Se configura a las cláusulas de inaplicación salarial como una de las estipulaciones que deben constituir el contenido mínimo del convenio colectivo de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y SEMPERE NAVARRO, A. "El descuelgue salarial como paliativo de las crisis económicas". En: SEMPERE NAVARRO (Dir.) "*Medidas laborales para empresas en crisis*". Pamplona, 2009, Thomson-Aranzadi, p. 93.
2. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "El Sistema de Empresa y 'Descuelgue' Convencional". En: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coordinador), *El empleador en el Derecho del Trabajo*. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Ed. Tecnos-Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía, 1999, pp. 344-357.

PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ÚLTIMO LUSTRO (2008-2012): EL APORTE DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO[1]

Daniel ULLOA MILLARES

Abogado. Magíster en relaciones laborales. Profesor ordinario en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en ESAN.

SUMILLA

I. La libertad sindical individual positiva. **a.** La constitución de organizaciones sindicales. **b.** La actividad sindical y las facilidades para su ejercicio: negativa de permisos o autorizaciones (licencia sindical). **c.** Comunicaciones con terceros y libertad de expresión. **II.** La libertad sindical colectiva: actos de injerencia. **a.** Actos de hostilidad: cambio de jornada e imposición de descanso vacacional. **b.** Retención de cuotas sindicales. **c.** Poder disciplinario y actuaciones sindicales. **III.** La huelga y el esquirol

La interpretación y la práctica de las instituciones laborales del despido y de las relaciones colectivas en Perú han variado en los últimos años a pesar de estar reguladas por las mismas normas emitidas en la década de los noventa[2], debido principalmente a la labor del Tribunal Constitucional (mediante la emisión de diversas sentencias como última instancia, varias de ellas precedentes vinculantes) así como de la Autoridad Administrativa de Trabajo (principalmente mediante la actuación de la inspección del trabajo[3]). Si bien la primera tiene más años realizando esta función

(1) El autor quiere agradecer a Eliana Villa Zambrano y a Ricardo Herbozo Colque por el valioso apoyo recibido para la elaboración de este trabajo.

(2) Si bien no son las normas originalmente publicadas (Decreto Legislativo 728 y Decreto Ley 25592), los cambios realizados a las mismas no han cuestionado el contenido esencial de las mismas, tanto que en ambos casos tenemos "textos únicos ordenados" de las citadas normas y no nuevas normas, como ha ocurrido con la ley procesal del trabajo.

(3) También han contribuido a esta nueva lectura de los derechos otras dependencias como la Dirección General de Trabajo, la Dirección General de Derechos Fundamentales y Salud en el Trabajo y la Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo

de transformación[4], la segunda ha venido reforzada por la suscripción de tratados comerciales, en especial el celebrado con Estados Unidos de América[5] y que supuso darle una mayor atención a esta función todavía olvidada por el Estado[6] pero vigente y con plena exigibilidad en nuestro ordenamiento desde 1960, año de ratificación del Convenio de la organización internacional del trabajo (OIT) N° 81, convenio sobre la inspección del trabajo (1947)[7].

El propósito de este trabajo es confirmar lo que ya dos intuitivos especialistas previeron pocos años atrás, cuando en su trabajo titulado "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú"[8] señalaron en concreto que "la inspección laboral puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical, mediante la prevención, la disuasión y las sanciones que puedan establecerse"[9]. Y esto ha sido consolidado por la Dirección General de Inspección del Trabajo, que en segunda instancia ha podido resolver diferentes temas y precisar varios de los conceptos previstos en las normas de derecho colectivo del trabajo utilizando, al igual que las instancias inferiores, una fuente que siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento pero sin poca aplicación práctica, esto es, las normas internacionales del trabajo[10], en especial los convenios y recomendaciones de la OIT[11]. Para reflejar lo que viene ocurriendo actualmente, en este trabajo comentaremos las decisiones emitidas por las instancias

(4) Pareciera que el inicio de la transformación en este tema fue la emisión de la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001 de fecha 11 de julio de 2002, complementada con las emitidas en los casos Llanos Huasco (Exp. N° 976-2001-AA de fecha 13 de marzo de 2003) y Baylón Flores (Exp. N° 206-2005-AA de fecha 28 de noviembre de 2005).

(5) Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 28766 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 30-2006-RE publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo N° 9-2009-MINCETUR publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de enero de 2009. Fecha de entrada en vigor: el 1 de febrero de 2009.

(6) Basta comparar las condiciones en las que trabajan los inspectores fuera de Lima (y la disparidad de criterios sobre un mismo tema según cada región) para darnos cuenta que no existe una planificación adecuada, aspecto que busca corregirse con la creación de una superintendencia.

(7) La primera ley de inspección peruana fue creada y publicada recién en el año 2006, Ley 28806, dado que las normas anteriores no tenían esta formalidad (eran decretos supremos o decretos legislativos).

(8) BOZA PRO, Guillermo y MENDOZA LEGOAS, Luis, "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú", En: *Revista Laborem* N° 10, 2010, pp. 329-354

(9) Ibidem, p. 331.

(10) Un análisis general de esta apertura se puede ver en BEAUDONNET, Xavier "La utilización de las fuentes universales del Derecho Internacional del trabajo por los tribunales nacionales". En: *Revista Derecho del Trabajo*, Ediciones La ley, Buenos Aires, julio de 2006, pp. 1-45.

(11) Situación que resulta muy halagadora a pesar que por allí algún empleador haya cuestionado este proceder alegando que dichas normas "no se constituyen (sic) en el bien jurídico tutelado por el sistema nacional de inspecciones, por cuanto carecen de contenido jurídico material que otorguen derechos reales para ser tutelados, siendo solo aspiraciones y principios del derecho en general, por lo que el requerimiento carece de legalidad". Argumento citado en el sexto considerando de la resolución subdirectoral N° 008-2010-MTPE/2/12.340 de fecha 6 de enero de 2010.

administrativas de trabajo en los últimos cinco años[12] para concluir, felizmente, que a pesar de que los textos de las normas son iguales, su interpretación siempre puede variar, tal como ya lo señalaban siglos atrás los presocráticos.

Siguiendo un orden reconocido doctrinalmente[13], hemos agrupado los casos revisados[14] según los derechos objeto de la inspección de trabajo, a saber:

I. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL POSITIVA

a. La constitución de organizaciones sindicales

A diferencia de otros países, donde la participación en partidos políticos o en organizaciones sindicales forma parte del ADN de los ciudadanos, en nuestra sociedad resulta extraño[15] que participemos en alguna de dichas instituciones[16]. Por tanto, la creación de un sindicato es normalmente percibido en nuestro país como algo peyorativo cuando en realidad debe quedarnos claro que estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental, reconocido expresamente no solo en nuestra Constitución sino también en diversos documentos internacionales[17]: la importante y emblemática libertad de asociación pero en tono laboral, esto es, la libertad sindical, que casualmente es el primer derecho en la jerarquía normativa de la OIT[18] y que nuestra legislación reconoce también expresamente como "derecho fundamental"[19].

Claro, como todo producto humano, este derecho puede tener un ejercicio adecuado como también un ejercicio abusivo: Lo ideal es que prevalezca lo primero y no lo segundo, por lo que entendemos equivocado o falaz que critiquemos el derecho solamente por su práctica. O que le pongamos un determinado color para así generar su repulsa.

(12) Sin considerar si las decisiones de última instancia han sido cuestionadas en la vía contencioso administrativa, aspecto que no hemos verificado para propósitos de este trabajo.

(13) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, 2010.

(14) Debo señalar que no participé en ninguno de los procedimientos que son objeto de comentario en el presente trabajo.

(15) Según información del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la afiliación sindical en el 2007 fue del 7.1% del total de trabajadores asalariados privados de empresas con más de cuatro trabajadores, comprendiendo algo más de cien mil trabajadores sindicalizados.

(16) De repente lo más cercano a nuestra realidad (y ello por evidentes razones históricas) supone la participación en actos o grupos religiosos.

(17) A saber, y entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988). Para una exposición del tema ver CANESSA, Miguel. "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N° 72, pp. 111-151.

(18) Ver la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de junio de 1998.

(19) Artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, ley MYPE, aprobado por D.S. 7-2008-TR.

En este sentido, existe en nuestro país un famoso caso emblemático, que a pesar de ser algo antiguo[20] todavía es muy útil revisarlo para erradicar esta negativa visión de la sindicación: en una empresa los trabajadores deciden constituir una organización, se registran ante la autoridad de trabajo y, a los pocos días, cambia la junta directiva y esta pide a la citada autoridad la cancelación del registro, pues también muchos de los flamantes afiliados habían renunciado. Cuando la inspección de trabajo verifica la renuncia de los trabajadores, descubre que todas las legalizaciones de las firmas de las cartas fueron realizadas en una sola notaría y generaron un solo documento de pago, el mismo que había sido asumido por el empleador y que, luego de comunicada esta decisión, muchos de los trabajadores habían vuelto a afiliarse. Asimismo, los inspectores recibieron del poseedor del lugar donde supuestamente se realizó la asamblea que decidió disolver el sindicato que en la fecha que se señala ello ocurrió nunca hubo personas en su local. Todo esto, más las versiones de los dirigentes despedidos arbitrariamente y de otros trabajadores que declararon haber recibido dinero del empleador para renunciar al sindicato (y luego volverse a afiliar) supuso que los inspectores de trabajo determinen la existencia de actos antisindicales y sugieran el pago de una multa de S/. 103,500. Por su gravedad este caso tuvo acogida de organizaciones sindicales internacionales[21].

No obstante, también hace pocos años (verano de 2009) otra empresa reaccionó de una forma similar: cuando se inscribe un sindicato se decide el despido arbitrario de diez personas "porque no estaban comprometidos con la estrategia de la empresa (...) constantemente reclamaban por facilidades en el trabajo y azuzaban a los demás trabajadores", alegándose que el despido había sido decidido antes de conocer la existencia formal del sindicato (en los hechos se observa que entre la comunicación de los despidos y la del sindicato existe una diferencia de 1 a 2 días). Casualmente los despedidos sin justificación legal eran el secretario general, el secretario de defensa, el secretario de organización, el secretario de actas, el secretario de prensa, el secretario de relaciones exteriores, el secretario de economía y tres secretarios adjuntos.

En este caso las dos instancias confirmaron lo expuesto por el inspector, ordenándose el pago de una multa de S/. 22,720 por haberse constatado en este caso la existencia de una infracción muy grave en materia de relaciones laborales.

Estas situaciones no cuestionan la existencia de prácticas empresariales opuestas, que han permitido la existencia –especialmente en la actividad minera- de organizaciones sindicales en empresas contratistas (o "sindicatos de contratas") que negocian directamente con la empresa principal o cliente y que celebran entre ellas convenios colectivos, a pesar que esta figura no figura expresamente prevista en nuestra legislación. Aunque ello resulta válido cuando el objetivo de las partes es solucionar, de buena fe, los conflictos sociales.

(20) De junio de 2007. Generó la orden de inspección N° 5628-2007-MTPE/2/12.3.
(21) Se puede revisar el número 539 de la edición electrónica del periódico digital semanal español "Gaceta sindical" de fecha 4 de julio de 2007.

b. La actividad sindical y las facilidades para su ejercicio: negativa de permisos o autorizaciones (licencia sindical)

Hemos podido observar que un tema recurrente que ha venido resolviendo la autoridad ha sido la procedencia de las medidas disciplinarias del empleador (amonestaciones o suspensiones) impuestas por la ausencia al trabajo de afiliados o dirigentes sindicales. Los afectados, antes que obedecer al empleador, faltaron a trabajar para realizar su actividad, a pesar que conocían que se les había negado expresamente el permiso o licencia luego de que esta había sido previamente solicitada. Y eso seguramente enervaba al empleador y lo motivaba a sancionar a los desobedientes.

Entonces, el principal tema que han tenido que ver en estos casos los inspectores ha sido la procedencia de la negativa del empleador pues se parte de la presunción de validez del permiso o licencia oportunamente solicitado, citándose para ello diversas normas, entre ellas la recomendación N° 143 de la OIT.

Y en ninguno de los casos revisados el empleador pudo demostrar la razón objetiva de su negativa para así evitar pensar que se había configurado un acto sindical: por ejemplo, en un primer caso no probó la necesidad de contar con el servicio del trabajador para el día del permiso o licencia por las alegadas necesidades operativas del servicio (orden de inspección N° 13546-2009-MTPE/2/12.3, Expediente N° 644-2010), en otro no fue relevante la falta de intención de perjudicar a la organización sindical (orden de inspección N° 17737-2010-MTPE/2/12.3, Expediente N° 1917-2010) y en un tercer caso la discusión de si el acto al cual quería ir el trabajador era o no de concurrencia obligatoria (orden de inspección N° 5494-2011-MTPE/1/20.4, expediente N° 2000-2011), tal como lo prevé el artículo 16 del reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo, no fue acogido pues se entendió que este aspecto correspondía definirlo a la organización sindical y no al empleador.

Claro, también hubo un caso en el cual el empleador, una conocida tienda dedicada a la venta al por menor de productos en almacén, no otorgó la licencia simplemente porque lo consideraba un acto discrecional (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, Expediente N° 28-2011), aceptando algunas veces las ausencias y otras no, sin brindar un sustento. Obviamente que en este último caso, como en los anteriores, la autoridad de trabajo decidió sancionar al empleador.

c. Comunicaciones con terceros y libertad de expresión

Si bien hay situaciones en las que resultan medianamente evidentes las vulneraciones a los derechos colectivos, hay otros casos donde entendemos que la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo puede crear alguna discusión.

En un caso muy específico (orden de inspección N° 21534-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 966-2010), la Autoridad Administrativa de Trabajo sancionó a un

empleador por pedirle explicaciones (un descargo) a un delegado de la organización sindical que había remitido una comunicación a la presidencia de una cámara de comercio, porque la empresa consideró que el contenido de dicha comunicación afectaba la verdad de los hechos y la imagen de la entidad. A pesar que en este caso el empleador acreditó que no había sancionado al delegado y que solo le pidió que explique las razones de su manifestación, la autoridad de trabajo entendió en sus dos instancias, al igual que el inspector que generó el acta de infracción, que se había cometido una afectación a la libertad sindical, aunque se redujo la multa inicialmente impuesta de S/. 64,152 a S/.1,980.

Como es obvio, el ejercicio de todo derecho (en este caso el de libertad de expresión) no debe ser abusivo. Y si toda persona se siente afectada por una opinión, entendemos que, inicialmente, tiene el derecho de saber las razones de emisión de la opinión. Cuestión diferente hubiera sido en este caso si el empleador sancionaba directamente al generador de la opinión. Pero ello no fue lo que ocurrió.

II. LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA: ACTOS DE INJERENCIA

Otra forma más sutil de cuestionar el ejercicio de los derechos colectivos tiene que ver con el ejercicio del poder de dirección del empleador. A continuación podemos conocer varios casos que tranquilamente podrían ser objeto de procesos judiciales, lo cual otorga relevancia a la labor de inspección del trabajo como medio de atención y solución de conflictos sociales, mensaje que debe ser entendido por los actores laborales para evitar así producir obstrucciones durante el procedimiento de inspección.

a. Actos de hostilidad: cambio de jornada e imposición de descanso vacacional

Una empresa dedicada a la fabricación de tejidos y artículos de punto tenía establecida en sus áreas de producción un sistema de trabajo de dos turnos, cada uno de doce horas que curiosamente[22] fue aceptado por los trabajadores porque ello les suponía recibir el respectivo pago adicional por el sobretiempo laborado. Asimismo, el descanso semanal se disfrutaba cada domingo.

Sin embargo, cuando en la empresa se crea un sindicato, el empleador impide a los trabajadores afiliados a laborar en sobretiempo, alegando que este es voluntario.

(22) Curioso es un eufemismo para enunciar la cuestionable situación de muchas empresas que bajo la excusa del trabajo en sobretiempo imponen a sus trabajadores (la mayoría de las veces obreros) jornadas regulares mayores de 48 horas semanales para así poder otorgarles una remuneración más atractiva que la ordinaria, a pesar que el límite horario figura en la Constitución (art. 25) y en el Convenio OIT N° 1 (industrias). Por definición el trabajo en sobretiempo es extraordinario, contradiciéndose su concepto si dicho sobretiempo se vuelve ordinario. Esto fue precisado hace muchos años atrás por la Corte Suprema en la casación N° 813-99 de fecha 17 de agosto de 2000.

Asimismo, cambia unilateralmente el día de descanso semanal pero solamente de dichos afiliados. Esta situación es constatada por los inspectores de trabajo (orden de inspección N° 16159-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 1898-2009), además de observar que con estas medidas la remuneración habitual de los trabajadores sindicalizados se redujo entre el 50 y el 75%.

Otras conductas que se dieron en la empresa investigada en esas semanas fueron el despido del secretario y subsecretario general por una supuesta avería de las máquinas de trabajo así como la confesión de un supervisor de los trabajadores que señaló haber aconsejado a dos trabajadores a que se retiren del sindicato, entregándoles dos formatos de renuncia.

En el mismo sentido, el acta de infracción emitida en este caso deja constancia del caso de un trabajador que laboraba en turnos de doce horas diarias hasta que la empresa conoce que forma parte del sindicato recién constituido, pasando a laborar ocho horas. Cuando en los días siguientes el trabajador presenta su renuncia al sindicato, la empresa le reasigna un turno de doce horas de labor. Cabe señalar que todo lo anterior ocurrió en un solo mes.

Adicionalmente, en el acta de infracción se deja constancia de que al secretario de actas y archivos del sindicato recién creado lo mandaron de vacaciones en el mismo mes de las ocurrencias y sin solicitud previa por 41 días, alegando la empresa que se le debían 82. Para empeorar la situación el inspector acredita que no se le pagó al trabajador estos 41 días de vacaciones.

Obvio es que el poder de dirección puede sustentar todas estas medidas realizadas unilateralmente, pero para que ello sea válido debe cumplir con los requisitos ya previstos desde 1991 en la otrora ley de fomento del empleo, hoy Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL), esto es, la racionabilidad y las necesidades del centro de trabajo[23].

b. Retención de cuotas sindicales

En un caso ya mencionado anteriormente (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, expediente N° 28-2011) la inspección de trabajo verificó que el empleador no retenía o demoraba la entrega de las cuotas sindicales a la organización colectiva, lo cual finalmente realizó durante el desarrollo del procedimiento de inspección, esto es, transcurridos cuatro y cinco meses después de generadas las cuotas. Fue por esta subsanación que la propuesta de multa incluida en el acta de infracción

(23) Artículo 9 de la LPCL: "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

no fue acogida por las instancias administrativas y la actuación de la inspección supuso solucionar un problema laboral.

En otro caso (orden de inspección N° 8076-2008-MTPE/2/12.3, Expediente N° 171-2009) también hubo negativa de retenciones de cuotas sindicales y demora en su entrega pero sin subsanación, por lo que la autoridad administrativa de trabajo procedió con la multa pertinente (S/.17,010, es decir 81% de 6 UIT del año 2008). Al alegar la empresa que en las normas no existe un plazo para efectuar el descuento y entregar las cuotas sindicales, la autoridad de trabajo señaló que "al momento de efectuarse el pago de las remuneraciones el empleador está en la obligación de deducir el monto por concepto de cuota sindical y hacer entrega de las retenciones en forma inmediata, en términos razonables, teniendo en cuenta que dicha cuota está destinada a cubrir los gastos de administración y operación del Sindicato o para las actividades que este realice[24]", circunstancia que nos permite entender un concepto no detallado en nuestras normas.

c. Poder disciplinario y actuaciones sindicales

En el caso anteriormente indicado de la tienda de venta de productos en almacén (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, expediente N° 28-2011) el empleador también suspendió a más de cien miembros del sindicato por no haber concurrido a laborar el día en el cual la organización había convocado a un paro nacional en apoyo de otro sindicato, medida que fue declarada improcedente por la autoridad de trabajo. El inspector cuestionó la suspensión disciplinaria de un día realizada por la empresa porque ella fue formalizada transcurridos entre 28 y 50 días de producida la inasistencia, esto es, sin respetar –en su criterio– el principio de inmediatez y, además, porque la inasistencia al trabajo sin justificación figuraba en el reglamento interno de la empresa como una falta leve sancionada con amonestación escrita. Por tanto, el inspector considera que la suspensión disciplinaria tuvo fines antisindicales, decisión que fue confirmada en las dos instancias administrativas.

En otro caso (orden de inspección N° 5822-2010-MTPE/2/12.3, expediente N° 710-2010) el empleador sancionó con una amonestación severa al secretario general de uno de los sindicatos minoritarios existentes por haber utilizado el correo electrónico de la empresa para comunicar su ausencia a laborar debido a que iba a participar en actividades sindicales (una reunión para negociación colectiva). La empresa alegó que el correo no fue utilizado en este caso para fines laborales, tal como lo establece su reglamento interno de trabajo, y que la comunicación de ausencia debía realizarse por otra vía, pero la autoridad de trabajo consideró que esta sanción restringía "el derecho a la libertad sindical" del dirigente, pues en otros casos acreditados en el procedimiento de uso no laboral del correo electrónico, el empleador no había sancionado a los trabajadores vinculados.

(24) Quinto considerando de la resolución directoral N° 732-2009-MTPE/2/12.3 de fecha 25 de agosto de 2009.

También hemos podido conocer que en otra tienda de venta de productos en almacén (orden de inspección N° 24860-2010-MTPE/1/20.4, Expediente N° 422-2011) el empleador sancionó con suspensión de dos días al secretario general, al secretario de organización y a dos afiliados, y con un día de suspensión al secretario de defensa, al secretario de relaciones exteriores, al secretario de economía, al secretario de bienestar y a un afiliado, por no haber asistido a laborar un día en el que les correspondía por participar en una marcha, conductas que según la empresa suponían el "incumplimiento de políticas, reglamentos y/o procedimientos internos incurridos en forma reiterada, que pongan en riesgo la imagen de la empresa u origine perjuicio económico". Esto, que podría ser justificado, lo incluyó el inspector en el contexto laboral que tenía el empleador con el sindicato, a saber:

- Día 1: Se crea el sindicato.
- Día 2: El secretario de economía renuncia a la empresa.
- Día 4: El sindicato comunica a la empresa su existencia.
- Día 5: El sindicato presenta su pliego de reclamos.
- Día 6: Empresa pide a la autoridad de trabajo la nulidad de la inscripción del sindicato por la renuncia del secretario de economía.
- Día 9: Jefe de recursos humanos de la empresa devuelve el pliego de reclamos y se opone al nacimiento y validez del sindicato.
- Día 11: Autoridad de trabajo señala que sindicato está válidamente inscrito.
- Día 26: Empresa apela decisión de autoridad de trabajo.
- Día 34: Autoridad de trabajo declara improcedente apelación y exhorta a que la empresa se abstenga de realizar actos antisindicales.
- Día 39: Empresa se queja sobre apelación y decisión del día 11.
- Día 45: Jefe de recursos humanos vuelve a devolver el pliego de reclamos.
- Día 73: Autoridad de trabajo declara nulo decreto del día 11.
- Día 93: Sindicato comunica nueva junta directiva por la renuncia del secretario de economía.
- Día 97: Sindicato realiza marcha de protesta por devolución de pliego de reclamos.
- Día 97: Se realiza un informe del departamento de seguridad de la empresa sobre participación de trabajadores en la marcha.

Asimismo, el inspector confirmó que la empresa realizó un "seguimiento" a los trabajadores afiliados al sindicato que participaron de la marcha del día 97. Y que el reglamento interno de trabajo del empleador no contemplaba sanción o medida disciplinaria alguna para el caso de las inasistencias injustificadas, siendo que lo incluido en los memos de sanción no correspondía con la falta cometida.

Entonces, como el inspector no pudo conocer cuál era la base de las sanciones impuestas, interpretó que la razón era una conducta antisindical por lo que sugirió una multa de S/. 19,008, decisión que fue confirmada por ambas instancias.

III. LA HUELGA Y EL ESQUIROL[25]

La huelga es un concepto muy peculiar pues es el derecho fundamental a hacer daño. De repente el primer derecho laboral que fue creado, es actualmente el más regulado por nuestro ordenamiento, el cual lo limita casi a su mínima expresión[26]. Sin perjuicio de tener una mala fama, no debemos olvidar que la huelga **también** es un derecho constitucional que supone, además de buscar crearle un perjuicio al empleador (y normalmente, de manera indirecta, a los clientes, consumidores o la sociedad en general) el sacrificio del trabajador, pues durante los días de huelga no percibe remuneración o subsidio.

A tal nivel de reconocimiento de este derecho ha llegado la regulación de la huelga que el legislador peruano prohíbe expresamente el esquirolaje externo, esto es, que el empleador contrate de manera directa[27] o indirecta[28] personal para cubrir los vacíos dejados por los trabajadores huelguistas. Pero nada se dice del esquirolaje interno, esto es, la posibilidad de cubrir los puestos de los huelguistas con el personal ya contratado por el empleador.

Pues bien, sin perjuicio de lo expresado en el oficio circular N° 59-2011-MTPE/2/16 emitido por la Dirección General de Inspección del Trabajo con fecha 7 de octubre de 2011, la autoridad de trabajo ya había concluido en un caso determinado (orden de inspección N° 18027-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 1786-2009) que un empleador no puede sustituir a los huelguistas con su personal no huelguista.

(25) La palabra esquirol según la Real Academia Española viene del catalán esquirol, y este de L'Esquirol, localidad barcelonesa (hoy Santa María de Cordó) de donde procedían los obreros que, a fines del siglo XIX, ocuparon el puesto de trabajo de los de Manlleu durante una huelga. Jack London, el autor estadounidense de "Colmillo blanco" y "El llamado de lo salvaje" señaló que el esquirol "traiciona a su dios, a su mujer, a su familia y a su clase".

(26) Nuestra legislación no acepta modalidad de huelga diferente a la que suponga el abandono del centro de trabajo.

(27) Artículo 70 del reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo, D.S. 11-92-TR.

(28) Las normas que regulan la intermediación laboral consideran nula aquella que tenga por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores, esto es, la contratación de personal para sustituir a los huelguistas (art. 4 de la ley 27626).

En efecto, en una huelga que se inició a mediados de setiembre de 2009 por un sindicato mayoritario, el empleador elaboró un plan de contingencia frente a la misma haciendo que su personal que no optó por la huelga sustituya en sus puestos de trabajo a los huelguistas. Mediante varias visitas a la empresa, dos inspectores de trabajo verificaron (conversando también con el personal que laboraba durante la huelga), que la labor de los trabajadores en huelga era cubierta con personal no comprendido en la misma, utilizándose inclusive a practicantes para realizar las labores de los huelguistas. La empresa también centralizó en dos turnos, de doce horas cada uno, los tres turnos de ocho horas que tenía antes de la huelga. Para ello pagaba horas extras a los trabajadores que se quedaban a laborar durante el lapso que duró la huelga.

Como los inspectores elaboraron un acta de infracción por entender que el empleador contravino los numerales 25.9. y 25.10 del reglamento de la ley de inspección[29], la empresa realizó su descargo señalando, según lo reseña la decisión de primera instancia, que la rotación de su personal es una facultad del empleador que no está prohibida por el ordenamiento. Ante esto, la subdirección de inspección laboral confirmó mediante decisión de fecha 16 de noviembre de 2009 la decisión de los inspectores citando diversas citas del comité de libertad sindical de la OIT y sentencias del Tribunal Constitucional, para ratificar la prohibición del esquirolaje interno pues con ello se realizan "actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga a favor de los trabajadores afectados pertenecientes al sindicato (...)" conducta que también afecta la libertad sindical (gestión interna y externa), ordenando el pago de una multa de S/. 19,525.

Esta decisión fue apelada por la empresa, generando la resolución directoral de fecha 11 de febrero de 2010 mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia dado que según lo señala en su cuarto considerando "el hecho que las labores desarrolladas por los trabajadores en huelga fueran cubiertas por personal de la empresa no comprendidas en el ámbito de la medida de fuerza, transgrede este derecho fundamental (...) (siendo que) la sustitución de trabajadores en huelga que ha realizado la inspeccionada vulnera en forma manifiesta este extremo, toda vez que impide la abstención total de actividades de los trabajadores en huelga".

En consecuencia, el esquirolaje interno también se entiende prohibido por la autoridad de inspección del trabajo.

(29) Los indicados numerales, modificados por el D.S. 19-2007-TR, señalan lo siguiente: "25.9 La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos".

En conclusión, mediante visitas, comparecencias, revisión de documentos y diferentes estrategias de investigación de unos cuantos casos que hemos podido revisar, podemos confirmar que los inspectores de trabajo han venido reformulando la práctica sindical, fundamentado sus decisiones en muchos casos en normas internacionales y en decisiones del Tribunal Constitucional. Esto ha mejorado la comprensión, la práctica y el desarrollo de estos temas, así como el cambio de postura de muchos empleadores y creemos que obliga a cubrir la necesidad de contar con una publicación de las principales decisiones realizadas, al estilo del comité de libertad sindical de la OIT, para lograr con ello la ansiada predictibilidad de las decisiones de la administración.

Lima, 27 de agosto de 2012



TERCER TEMA

JUICIOS ORALES LABORALES



PONENCIAS OFICIALES

"LA ORALIDAD" COMO SUSTENTO DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL EN EL PERÚ

Carlos Alberto QUISPE MONTESINOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Dirección de Recursos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Titular de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres.

SUMARIO

I. La oralidad como sustento de las reformas procesales. **II.** Las condiciones exigidas por la oralidad. **1.** Carga adecuada. **2.** Organización Judicial. **2.1.** Un suficiente número de jueces titulares de las plazas. **2.2.** Una adecuada asignación de recursos. **III.** Límites de la oralidad en el proceso laboral. **1.** La actuación probatoria. **2.** La publicidad del proceso. **IV.** Bondades de la oralidad en el nuevo proceso laboral. **1.** Bondades del nuevo proceso laboral no derivadas de la oralidad. **2.** Bondades del nuevo proceso laboral derivadas de la oralidad. **V.** Reflexión final

La reforma procesal laboral que se viene implementando progresivamente en el Perú, comprenderá, a fines del año 2012, a 15 de los 31 distritos judiciales en los que se encuentra organizado el Poder Judicial, incluyendo al distrito judicial más grande e importante: el constituido por la Corte Superior de Justicia de Lima[1]. Es decir, concluido el presente año, el nuevo modelo procesal laboral será aplicable a la mayor parte de la población judicial del país[2].

(1) A través de la R.A. N° 023-2012 - CE- PJ se determinó que en el año 2012 la Nueva Ley Procesal del Trabajo se implementaría en los distritos judiciales de Lima Sur, Lima Norte, Callao y Lima, debiendo tenerse en cuenta que al año 2011 la nueva norma procesa laboral ya se encontraba vigente en los distritos judiciales de Tacna, Cañete, La Libertad, Arequipa, Lambayeque, Cusco, Moquegua, Ica, Junín, El Santa y Cajamarca.

(2) De acuerdo a las estadísticas correspondientes al año 2011, aproximadamente el 75% de la carga procesal del país se encuentra concentrada en los referidos 15 distritos judiciales.

Se ha expresado que la nota distintiva del nuevo modelo procesal, regulado por la Ley N° 29497 (en adelante, NLPT), es la oralidad. Sin embargo, de los distintos tipos de procesos previstos en el nuevo ordenamiento procesal laboral, estos son: el ordinario, abreviado, impugnativo de laudos arbitrales económicos, cautelar, de ejecución y no contencioso; a los que debe agregarse el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley N° 27584 (bajo el cual los jueces laborales resuelven las controversias derivadas de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo[3]), solamente en dos de ellos, los denominados "ordinario" y "abreviado", se expresa la esencia de la "oralidad": el desarrollo de procesos por audiencias.

Debe precisarse que en los dos procesos identificados, el ordinario y el abrevado laboral, la demanda y la contestación de la demanda son actos escritos, característica que también tiene la sentencia, independientemente que la puesta en conocimiento del fallo sea oral. Ello permite apreciar que en tales procesos solamente la actuación probatoria es oral, siendo necesario reparar en que la fase, muchas veces más extensa y azarosa del proceso: la de ejecución, es también escrita.

Puede advertirse, entonces, que aquella característica que más se destaca y resalta de la reforma procesal, e incluso es reconocida como un principio del proceso[4], en realidad tiene un alcance y ámbito de aplicación restringido. Por lo tanto, ¿es en realidad la "oralidad" el sustento de la reforma procesal?

I. LA ORALIDAD COMO SUSTENTO DE LAS REFORMAS PROCESALES

En distintos países de Latinoamérica se han emprendido reformas procesales en el ámbito laboral, como es el caso de Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009) y Perú (2010). Tales reformas se producen en el marco de reforma de los procesos civiles (entendiendo como tales a los procesos distintos a los de naturaleza penal) de nuestra región, los cuales tienen como "denominador común el cambio hacia sistemas en que se privilegia la oralidad para obtener la mejor concreción de la inmediación, asegurando la participación directa del juez en el proceso"[5].

(3) De acuerdo a lo previsto en la Ley N° 29497, artículo 2 numeral 4, al regular la competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo.

(4) En el artículo I del Título Preliminar de la NLPT, y también en su artículo 24, se reconoce a la oralidad como principio del proceso laboral conjuntamente con la inmediación, la concentración, la celeridad, la economía procesal y la veracidad.

(5) DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. "Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", p, 14; en: <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43- documentos/79-publicaciones-impresas>

La oralidad se presenta, entonces, como uno de los ejes de la reforma procesal laboral en la región, constituyéndose en un elemento o característica que hace viable la vigencia efectiva de una serie de principios procesales, tales como la celeridad, la inmediación y la veracidad[6], sosteniéndose que "el sistema oral exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: inmediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad[7]."

A partir de ello, se han destacado las bondades de los sistemas procesales orales por sobre los predominantemente escritos, impulsándose las reformas procesales en la oralidad y bajo la premisa que la dilación e ineficiencia de los juicios laborales se debe a su carácter escriturado[8].

Sin embargo, el contraste de sistemas orales y escritos no constituye un debate reciente, sino que lleva algo más de 100 años planteado. Ya en el año 1906, Giuseppe Chiovenda pronunciaba, en el Círculo Jurídico de Nápoles, la conferencia "Las reformas procesales y las tendencias del pensamiento moderno", destacando la importancia de la oralidad, la inmediación y la concentración e indicando que el tipo y el carácter de un sistema procesal están determinados principalmente por el predomino que en él tenga el elemento oral o el elemento escrito, señalando que la historia permitía afirmar sin titubeos, que el proceso oral es con mucho el mejor y el que mejor conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporcionando economía, sencillez y celeridad[9].

El ensalzamiento de las bondades de un proceso oral por sobre uno escrito data, en mucho países de Europa continental, desde más de un siglo. Así, Cappelletti resaltaba que desde el siglo XIX "podemos ver en toda Europa un movimiento general de la mejor doctrina, dirigido a combatir aquel principio (el denominado principio de la escritura) a favor de un sistema procesal oral"[10]. Por su parte, en

(6) MURGAS TORRAZZA, Rolando. "Tendencias actuales del Derecho Procesal Laboral y su influencia en las reformas del proceso de trabajo en América Latina". En: *Seminario de Posgrado Internacional y Comparado sobre Derechos Laborales Fundamentales y Procesal del Trabajo*. Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad de Margarita, Isla de Margarita, 2011, p. 172.

(7) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú". En: IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2010, p. 23.

(8) Así, en el caso peruano se ha señalado que "la reforma ha sido impulsada sobre la oralidad porque, en los hechos, la justicia laboral ha venido actuando, estructuralmente –formal y sustantivamente– como un proceso escrito". PAREDES PALACIOS, Paul. La oralidad en el nuevo proceso laboral peruano y el acceso a la justicia (al sistema jurídico laboral). En: *Proceso y Constitución*. ARA editores, Lima, 2011, p. 253.

(9) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen 3. Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2008, p. 475.

(10) CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. ARA editores, Lima, 2006, pp. 60 - 61.

el mundo anglosajón, la oralidad procesal es parte de todo el recorrido de su historia judicial[11].

Es de verse, entonces, que si bien las ventajas de la oralidad ha sido conocidas y difundidas desde hace más de cien años, adoptándose incluso en determinados ordenamientos jurídicos[12]; en Latinoamérica, recién al término del siglo XX se define un camino por la oralidad de sus juicios, enmarcándose este movimiento en los procesos de profunda democratización política que desde hace algunos años se vienen llevando a cabo en la región[13].

¿Qué es lo distintivo de un proceso oral? Jorge Peyrano[14] presenta los argumentos que a continuación se reseñan a favor de un sistema oral, sobre los cuales Morales Godo[15] efectúa un cotejo con la realidad peruana. Estos son:

a) Mayor celeridad, en tanto que es posible eliminar una serie de actos procedimentales del proceso escrito, ya que con oralidad se hace todo al instante.

b) La justicia escrita es una justicia "muerta"; mientras que el sistema oral permite al juez encontrarse en contacto con las partes, escucharlos, observarlos, persuadirlos o disuadirlos.

c) Mayor publicidad del proceso, en tanto que al llevarse los actos procesales más importantes en las audiencias, se generará mayor publicidad, debido a que las mismas son actos procesales públicos y solo excepcionalmente se llevan a cabo en privado.

d) Favorece el ejercicio del poder de dirección del proceso, ya que se reconocen amplios poderes al juez en la dirección personal de las audiencias.

e) La resistencia hacia el proceso oral obedece a una suerte de inercia, debiendo tomarse en cuenta que un proceso oral implica un cambio de mentalidad y reaprender las instituciones procesales.

f) Evita, –en mayor medida que el proceso escrito–, la inconducta procesal, debido a que con una correcta dirección del juzgador, este puede cortar de plano las articulaciones maliciosas, centrando el debate y evitando pérdida de tiempos y esfuerzos.

(11) BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. "Revisión crítica de la oralidad de los juicios en Chile". En:<http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD402&links=[HUNT]>
(12) De acuerdo a CAPPELLETTI, el Código de Procedimiento Civil de Hannover de 1850, el Código de Procedimiento Civil alemán de 1877 y el Código de Procedimiento austriaco de 1895 encontraron su idea central y determinante en el principio de la oralidad. Ob. cit. pp. 61 y 62.
(13) BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván. Ob. cit
(14) PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Astrea, Buenos Aires, pp. 312 -315
(15) MORALES GODO, Juan. *La Oralidad en el Código Procesal Civil Peruano*. En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, año 3, 2009 número 3, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2068>

g) Favorece el principio de concentración, debido a que en las audiencias se realizan los mayores actos procesales posibles, concentrándolos en un solo acto y evitando su dispersión

Paredes Palacios señala, por su parte, que la oralidad más que un asunto de la ley, es un modo de actuar, un modo de ser, una actitud, una suma de conductas que –necesariamente– debe asumir un conjunto de valores y principios que la hagan actual, constante, viva, expresándose en la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, la preferencia del fondo sobre la forma, la dirección del proceso, la participación de las partes y sus abogados en las audiencias, la preparación de los jueces, la búsqueda de la verdad, la valoración razonada de la prueba, la razonabilidad de las decisiones adoptadas en el curso del proceso, la preocupación por la igualdad (efectiva) de las partes, el respeto a las garantías constitucionales y de los valores democráticos[16].

En la misma línea, se ha sostenido que si bien la oralidad no es una característica que aparezca explícitamente en los tratados internacionales, sí constituye una derivación directa de estos, implicando básicamente una metodología de producción de información y comunicación entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro, suponiendo el uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura[17].

Son innegables las ventajas que se derivan de la implementación de la reforma procesal; sin embargo, el entusiasmo y las expectativas que ha generado el nuevo modelo procesal laboral en el Perú parecieran revelar una extendida percepción en el sentido que este puede significar la panacea de la solución de todos los problemas judiciales de la especialidad laboral y que la reforma normativa garantiza una radical transformación en la dirección y gestión de la organización judicial; de comportamientos y desempeños de jueces, personal jurisdiccional, partes y litigantes; así como en los niveles de conflictividad en la sociedad.

Consideramos que el modelo de proceso oral contemplado en la NLPT no garantiza una justicia laboral sustancialmente mejor a la impartida bajo el ámbito de la vigencia de la Ley N° 26636. Se requieren determinadas condiciones para que las bondades contempladas en el nuevo esquema procesal se concreten en las ansiadas celeridad y eficiencia en la impartición de la justicia del trabajo. Sobre tales condiciones y bondades nos ocupamos a continuación.

II. LAS CONDICIONES EXIGIDAS POR LA ORALIDAD

Un sistema procesal debe ser eficiente y brindar una adecuada tutela jurídica frente a los requerimientos de justicia de las personas. Como refiere Vidal, la virtud de un proceso se puede medir a partir de su idoneidad para brindar una tutela

(16) PAREDES PALACIOS, Paul. Ob. cit., p. 254.
(17) DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. Ob. cit, pp. 35 a 36.

efectiva, por lo que toda modificación o cambio de un sistema procesal se justificará si se sustenta en la búsqueda de una justicia más eficiente[18].

En el ámbito de las relaciones laborales debe tenerse en cuenta que es más estrecha la relación entre la norma laboral procesal y la norma laboral material, que la que existe entre la norma procesal civil y la norma material civil[19], por lo que alcanzar la vigencia efectiva de los derechos sustanciales del trabajo requiere, con una particular intensidad, decisiones justas, céleres y que se tornen en efectivas. La instauración de una reforma procesal basada en la oralidad se justifica, entonces, en tanto facilite el desarrollo de procesos céleres en los que se expidan sentencias justas y a su vez que se tornen efectivas. Es decir la justificación radica en contar con juicios eficientes.

Los grandes cuestionamientos efectuados al proceso laboral regulado en el país bajo la vigencia de la Ley Nº 26636 se han orientado por los aspectos de celeridad y efectividad. Así, en el Informe Final 2010 del Equipo de expertos contratados por la Cooperación Alemana al Desarrollo - GTZ para la descarga procesal en la Corte Superior de Justicia de Lima[20], se concluyó que la lentitud en la tramitación de los procesos es la principal causa de la sobrecarga procesal en la especialidad laboral. En esa misma línea, se ha afirmado que la indicada Ley "no brinda un marco adecuado para la solución rápida y eficaz de los conflictos laborales"[21], refiriéndose también que la mencionada Ley Nº 26636 no habría cumplido con el objetivo para el cual se expidió, ya que su aprobación tenía como sustento la necesidad de contar con un proceso célere, moderno y especial, así como la necesidad de replantear la función del juez, a fin de destacar su dirección y participación activa en el proceso[22].

Se es injusto cuando se atribuye a una ley procesal, y al desempeño de los jueces en el marco de ella, la crítica situación de la justicia laboral. Tal enfoque simplifica en demasía un problema que comprende también a la forma de organización del servicio de impartición de justicia, la prioridad de la reforma laboral dentro de las políticas de estado, la conflictividad social, entre otros factores. La oralidad por sí misma no implica una sustancial mejora en la resolución de los conflictos jurídicos laborales.

(18) VIDAL SALAZAR, Michael. "Oralidad y garantías constitucionales en el procesal laboral". En: *Proceso y Constitución*. ARA editores, Lima, 2011, p. 277.
(19) FABREGA PONCE, Jorge. *Derecho Procesal del Trabajo (Individual y Colectivo)*. Panamá, 1982, p. 3.
(20) Informe enmarcado dentro del Programa de Descarga Procesal implementado por el Poder Judicial en el año 2010 para afrontar la sobrecarga procesal que afrontan las cortes y juzgados del país y que se encuentra referido a las siguientes cuatro especialidades Civil de Familia, Contencioso Administrativa, Penal Reos Libres y Laboral.
(21) Pre Dictamen de los Proyectos de Ley Nº (s) 117/2006-CR, 982/2006-CR; 1575/2007-CR, 3467/2009-PE, 3483/2009-CR y 3489/2009-CR
(22) Ver: <http:/congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/341.htm>

Un proceso oral requiere determinadas condiciones mínimas para responder a las expectativas que sobre la transformación en la justicia laboral se han formulado. Desarrollamos aquellas que estimamos fundamentales.

1. Carga adecuada

El estudio anteriormente referido por el equipo de expertos de la GTZ determinó que las principales causas de la demora procesal podían ser consideradas: 1) La falta de personal en el juzgado; 2) la falta de logística y tecnología; 3) la falta de capacitación; y, 4) problemas con las nulidades declaradas por las salas superiores. Consideramos que todas ellas derivan o se vinculan a una inicial: la desproporcionada relación entre el número de órganos jurisdiccionales laborales y el número de procesos a su cargo. La oralidad requiere una carga procesal adecuada y un suficiente número de juzgados para que el modelo funcione con éxito. ¿El nuevo modelo procesal peruano garantiza que los órganos jurisdiccionales cuenten con una adecuada carga procesal?

En el año 1996, a través de la Resolución Administrativa Nº 108-CME-PJ, se aprobaron estándares de racionalización de carga procesal de los juzgados del Poder Judicial señalando que, en el caso de los juzgados laborales, esta no podría superar los 600 procesos al año. En el caso de la Corte Superior de Justicia de Lima, tenemos la siguiente composición de los juzgados especializados de trabajo:

CUADRO Nº 1

Naturaleza	Número
Permanentes con competencia en materia laboral	29
Transitorios de descarga con competencia en materia laboral	6
Transitorios especiales con competencia sobre los procesos de ceses colectivos referidos por la Ley Nº 27803	2
Permanentes con subespecialidad previsional	5
Transitorios con subespecialidad previsional	2
Total de Juzgados:	44

De acuerdo al inventario judicial correspondiente al año 2011, estos 44 juzgados tenían una carga total de 53,747 expedientes, es decir, un promedio de 1,222 expedientes por juzgado. Ahora bien, entre enero y julio de 2012, sin considerar los 6 juzgados transitorios de descarga que cuentan con turno cerrado, ingresaron a los 38 restantes juzgados un total de 14,316 nuevos procesos, lo que, en promedio, significa 54 nuevos procesos mensuales por cada órgano jurisdiccional[23].

Ciertamente, la elevada carga procesal incide en los tiempos en los que se resuelven las controversias sometidas a la competencia de cada juzgado, como

(23) Las cifras corresponden a la Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual tiene a su cargo el acopio y procesamiento de la información estadística.

también genera prácticas ineficientes, expresadas en resoluciones con tenores tales como "téngase presente", "estése", "traslado a la contraparte para que exprese lo concerniente a su derecho", "pídase oportunamente", entre otras.

Un proceso oral requiere que a cada órgano judicial se le asigne un razonable número de procesos, de tal manera que las distintas etapas procesales puedan ser cumplidas en los términos previstos legalmente. La esencia de un proceso oral es su desarrollo por audiencias y llevar a cabo una audiencia de conciliación y una audiencia de pruebas exige una asignación de tiempos significativamente mayor a aquel previsto en diligencias tales como la audiencia única del proceso ordinario regulado bajo la Ley N° 26636. En ella, como pretendida expresión del principio de concentración, se concibió que las etapas de saneamiento del proceso, conciliación, fijación de puntos controvertidos y actuación probatoria se efectuaran en una única diligencia, que en la práctica tuvo una duración aproximada de una hora, básicamente porque el nivel de conciliación es reducido[24], la actuación probatoria es fundamentalmente documental y existe poca cabida para las argumentaciones verbales, ya que las cuestiones probatorias, impugnaciones y alegatos se formulan por escrito.

Bajo el marco de la Ley N° 29497, en el denominado proceso ordinario, las audiencias de conciliación y juzgamiento se convierten en fases principalísimas, en atención a que los asuntos relevantes propuestos por las partes son resueltos en ellas, ya que se concilia en audiencia, se admite y actúa la prueba en audiencia y se resuelven las excepciones y dilucida la controversia también en audiencia. La asignación de una audiencia para desarrollar solamente la fase de conciliación revela la relevancia reconocida a este mecanismo de conclusión del proceso, debiendo tenerse en cuenta que ella puede prolongarse lo necesario hasta que se dé por agotada, con la posibilidad de incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor de un (1) mes[25].

Igualmente, la audiencia de juzgamiento, en tanto constituye la ocasión en la que normalmente se debería desarrollar toda la etapa probatoria, produciéndose en ella misma la valoración correspondiente y la expedición de la decisión a través de la cual se pone fin la instancia, no solamente requiere una duración suficiente para tales actos procesales, sino además una debida preparación previa del juez que la permita afrontarla exitosamente. Todo ello es realizable y deseable, pero –ciertamente– con niveles de carga procesal como los anteriormente referidos difícilmente podrán percibirse las ventajas de un sistema oral.

(24) Siempre de acuerdo a las cifras de la Unidad de Planeamiento y Desarrollo de la Presidencia, entre enero y julio de 2012, en los 29 juzgados especializados de trabajo permanentes de la Corte Superior de Justicia de Lima se produjeron un total de 69 conciliaciones. Es decir, teniendo en cuenta que en el mes de febrero se desarrollaron las vacaciones judiciales y no hubo actividad jurisdiccional, por cada juzgado solamente se lograron, en promedio, 0.40 conciliaciones mensuales.

(25) NLPT Art. 43 numeral 2.

El juez que imparte justicia bajo la Ley N° 26636 no le asigna, en promedio, una hora de duración a las audiencias únicas porque les desconozca importancia, sino porque la carga procesal a su cargo le exige atender simultáneamente más de mil de procesos. El juez que imparte justicia bajo la NLPT podría encontrarse en similar situación si la carga procesal desborda la capacidad de un órgano jurisdiccional en similares proporciones, determinando ello la ineficiencia de un proceso que ha sido concebido para ser eficiente.

A través de la R.A. N° 143 -2012-CE-PJ, publicada el 31 de julio de 2012, en el distrito judicial indicado se determinó dieciséis juzgados especializados de trabajo y diez juzgados de paz letrados con especialidad laboral conozcan los procesos comprendidos en la NLPT, empezando sus funciones con carga cero. Si tal número de juzgados, frente a los procesos que deben afrontar garantiza que cada órgano jurisdiccional cuente con una carga adecuada[26], se habrá satisfecho una importante condición para la oralidad. Sino, la situación no habrá variado mucho, ya que el proceso "falsamente oral"[27] como el regulado por la Ley N° 26636 y el proceso, en contraposición, "verdaderamente oral" regulado por la NLPT, serán iguales de ineficientes. La inmanejable carga procesal, regularmente asignada a todos los órganos jurisdiccionales laborales, limitará en mucho la eficiencia del nuevo proceso.

2. Organización judicial

La organización de la estructura judicial laboral contemplada en la NLPT no es sustancialmente distinta a aquella prevista en el ordenamiento anterior aprobado por la Ley N° 26636, salvo en lo que concierne a la Justicia de Paz Letrada, la que ahora se convierte en especializada. Ello constituye un gran acierto, en tanto que los jueces del inicial nivel del orden jurisdiccional laboral se avocarán exclusivamente a materias de trabajo, garantizando una mayor experticia en la solución de las controversias sometidas a su conocimiento.

Haciendo a un lado la especialización en el primer nivel de la magistratura laboral, los problemas habituales de la organización judicial constituyen una amenaza para la eficiencia del nuevo modelo procesal laboral. Así, a tono con el requerimiento de carga adecuada, un proceso oral requiere que la organización judicial garantice un suficiente número de jueces titulares y una adecuada asignación de recursos.

(26) Debe tenerse en cuenta que en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, publicado en el mes de julio del presente año, se acordó que los jueces de trabajo se encuentran facultados para conocer las pretensiones de reposición en casos de despidos incausados y fraudulentos, por lo que muchas pretensiones normalmente planteadas en la vía del proceso de amparo son ahora conocibles ante el juez especializado de trabajo, determinando ello mayores niveles de carga procesal.

(27) "Vean ustedes las normas procesales en toda América y todas son orales, pero es una falsa oralidad". PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los retos del nuevo proceso laboral peruano". Mesa redonda con Hugo Fernández Brignoni y Fanny Ramírez Araque. En: *IUS ET VERITAS* N° 40, 2010, p. 427.

2.1. Un suficiente número de jueces titulares de las plazas

La implementación de un modelo procesal oral requiere incrementar sustancialmente el número de magistrados, los que deben tener la condición de permanentes o titulares a efectos de no solamente garantizar capacidad previamente evaluada para resolver debidamente los conflictos jurisdiccionales sometidos a su competencia, sino también para disminuir los niveles de rotación de jueces. En la realidad judicial peruana es común que el número de órganos judiciales permanentes sea significativamente inferior al que requiere la organización judicial, determinando ello la existencia de un elevado número de órganos transitorios con jueces también bajo esta condición, denominados "supernumerarios"[28] cuyo nombramiento y permanencia en el cargo depende, en la mayoría de los casos, de la discrecionalidad del presidente de la correspondiente corte de justicia.

Los elevados niveles de rotación de magistrados no guardan correlato con el esquema procesal previsto en el nuevo ordenamiento procesal laboral, ya que el juez que presencia y dirige activamente el debate y discusión de las partes en la etapa probatoria, debe ser el mismo que resuelva la controversia. Pero si en algún caso, en el que la actuación probatoria no se agote en una única ocasión, sino que sea necesario continuarla en una oportunidad diferente[29], el magistrado es rotado, en atención a su carencia de titularidad, tendrían que realizarse nuevamente las actuaciones ya efectuadas o vulnerarse la necesaria inmediación, en el sentido que el juez que dilucidaría la controversia no sería el mismo que hubiera actuado toda la prueba.

Un proceso oral requiere, entonces, afianzar la titularidad de los magistrados y desterrar los altos niveles de rotación o suplencia, derivadas en mucho de la transitoriedad de órganos jurisdiccionales que a pesar de su permanencia en el tiempo y elevado nivel de carga no son convertidos en órganos permanentes[30]. No corresponde –ciertamente– a la NLPT garantizar tal situación, pero sí se requiere contar con políticas y prácticas de los órganos de dirección del Poder Judicial dirigidas a incrementar el número de magistrados, afianzar su titularidad y reducir los niveles de transitoriedad, lo cual, para lo que es objeto de nuestro análisis, tendrá una incidencia positiva en la eficiencia del proceso laboral.

(28) De acuerdo a los artículos 65 y 239 de la Ley de la Carrera Judicial; los jueces supernumerarios son aquellos que ejercen función jurisdiccional no habiendo obtenido la plaza de jueces titulares y en número podrían alcanzar el 30% de estos.

(29) Como lo prevé el artículo 46 numeral 6 de la NLPT, y se desprende de los artículos 15, sétimo párrafo, y 22 del mismo instrumento normativo.

(30) Una expresión de ello, en el distrito judicial de Lima, son los seis juzgados transitorios de descarga con competencia en materia laboral, cuya creación data del año 2008 y cuentan con una carga superior a los 1,700 expedientes cada uno, pero su naturaleza "transitoria" determina la carencia de plazas titulares y un elevado nivel de rotación en sus magistrados supernumerarios.

2.2. Una adecuada asignación de recursos

Un modelo procesal sustentado en la oralidad requiere un importante incremento en la asignación de recursos para contar con más órganos jurisdiccionales[31], sustentar el fondo de formación magistrados y de fortalecimiento de la justicia laboral[32], habilitar ambientes adecuados a las particularidades del nuevo proceso, contar con los necesarios y suficientes equipos de las tecnologías de la información y comunicación para el desarrollo de las audiencias, su conservación en archivo informático e implementación de una red electrónica de notificaciones[33], sin perjuicio que la octava disposición transitoria de la NLPT haya dispuesto que las acciones necesarias para su aplicación se ejecutan con cargo a los presupuestos institucionales aprobados a los pliegos presupuestarios, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

La Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2012, Ley N° 29812, consideró previsiones para financiar la aplicación de la NLPT en determinados distritos judiciales del país (Lima Sur, Lima Norte, Callao y Lima), pero aparentemente tales previsiones fueron insuficientes, ya que en el caso de Lima, por ejemplo, luego de iniciales expectativas referidas a contar con un local propio en donde se concentrarían todos los órganos judiciales laborales del mencionado distrito judicial, se determinó que los dieciséis juzgados especializados de trabajo que inicialmente conocerán las controversias planteadas bajo la NLPT, se ubiquen en la misma sede principal de la Corte Superior de Justicia de Lima (Alzamora Valdez), en un área reducida comparativamente a aquella asignada, en la misma sede, desde 1997 a la justicia especializada laboral.

La situación se agrava si se considera que la justicia de trabajo, en el mismo distrito judicial y solamente a nivel de justicia especializada, cuenta adicionalmente con otras cuatro sedes. Tal diseminación y dispersión de los órganos jurisdiccionales afecta al justiciable, dificulta la celeridad y economía procesal (las notificaciones, la elevación y devolución de expedientes y la coordinación en general entre los órganos de la misma especialidad se resienten sin duda) y no evidencia la existencia de un soporte organizativo propio de un nuevo modelo procesal en el que se han cifrado tan altas expectativas.

En la reforma procesal laboral de Chile, que se suele emplear como referente para el caso peruano, se implementó "una estructura acorde para su correcto funcionamiento, así por ejemplo, se separó la función administrativa de la jurisdiccional, se estableció un mayor número de jueces especializados, mayor dotación funcionaria y se incorporó definitivamente el recurso tecnológico como medio de apoyo y

(31) Quinta disposición transitoria de la NLPT.

(32) Duodécima disposición complementaria de la NLPT.

(33) Primera disposición complementaria de la NLPT.

registro en la tramitación de causas"[34]. Como lo refiere Ciudad, refiriéndose también al caso chileno, "en el año 2006, existían 20 juzgados del trabajo en el país, los que fueron incrementados a 81. Es decir se ha cuadruplicado el número de juzgados y tribunales del trabajo, lo que demuestra la existencia de una clara decisión política para llevar a la práctica la reforma procesal adoptada"[35].

El logro de un proceso laboral eficiente que se exprese en juicios breves con soluciones justas y pueda ser concebido por la ciudadanía como un instrumento de justicia y pacificación social requiere que la voluntad política no se limite a proclamar que la NLPT permitirá que los procesos laborales tengan una duración de seis meses[36], sino que tal voluntad se evidencie a través de una debida asignación y empleo de los recursos necesarios para que las bondades del modelo permitan concretizar la pretendida eficiencia.

III. LÍMITES DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO LABORAL

Se ha expresado que el eje central del debido proceso es la idea de juicio entendido como audiencia oral, pública y contradictoria, constituyendo la oralidad el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediación y la publicidad en el proceso, siendo relevante que el material escrito no sea la base sobre la cual se forma convicción el tribunal y se fundamenten sus decisiones, sino lo sea el producto de la audiencia, es decir las argumentaciones y pruebas actuadas en ella con inmediación, contradictoriedad y publicidad[37]. Enfoques de esta naturaleza se sustentan en procesos ideales a los que legítimamente se aspira como consecuencia de una reforma procesal, pero contienen ciertos mitos que son necesarios identificar a fin de justamente potenciar la actuación de los jueces en aquellos aspectos cuya utilidad deriva más de una inteligente dirección del proceso antes que del propio esquema procesal diseñado.

(34) MARZI, Daniela. "Informe sobre la implementación de la reforma procesal laboral en Chile". En: <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/7174-implementacion-de-la-reforma-laboral-en-chile>.

(35) CIUDAD REYNAUD. Adolfo. "Trabajo decente y modernización de la justicia laboral. Las reformas procesales emprendidas en América Latina". En: *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores. Lima, 2011, p. 70.

(36) Al día siguiente de publicada la Ley N° 29497, un diario de circulación nacional publicó como titular de su primera plana: "Revolución en justicia laboral", frase que guardaba correlato con lo expresado por la entonces Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo cuando, refiriéndose al proyecto de la mencionada ley, señaló: "Esta iniciativa constituye una verdadera revolución de la justicia laboral porque permitirá resolver procesos, que ahora tardan entre tres y cuatro años, en solo seis meses, reduciendo así drásticamente la carga procesal" (declaraciones recogidas en el diario *El Peruano* del día viernes 2 de octubre de 2009, p. 15).

(37) DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. Ob. cit., pp. 35 a 37.

1. La actuación probatoria

El nuevo proceso laboral ha sido diseñado para que los medios probatorios de actuación estelar sean las declaraciones, principalmente las de las partes, pero también de terceros que intervienen en el proceso[38]. Ello viabiliza la recurrencia a las técnicas de litigación oral, entre las que destaca la teoría del caso –a través de la cual se desarrolla la perspectiva fáctica y legal de las partes procesales respecto a los hechos materia de controversia y a los medios de prueba que se ofrecen, a fin que el juzgador se convenza de las posiciones que se le presentan y las ampare– como también a las técnicas de interrogatorio, contrainterrogatorio y objeciones. Tal situación determina que los jueces y abogados desarrollen conocimientos, habilidades, actitudes y experiencias en las que tradicionalmente no han sido formados, tales como plantear teorías del caso, efectuar narraciones en el juicio, formular interrogantes en sus distintas formas (abiertas, cerradas, sugestivas, de opinión, argumentativas, etc), presentar objeciones, realizar producción y control de la prueba, dominar técnicas de argumentación y persuasión, buscar información y, en general, contar con las estrategias y competencias propias de la denominada litigación oral adversarial.

Sin embargo, los procesos laborales normalmente se resuelven a partir de prueba escrita y ello se explica porque la satisfacción de los intereses intentados y la restitución de los derechos laborales afectados (normalmente quien es demandante es el trabajador y en atención a su situación en la relación sustancial y procesal se concibió la existencia de una disciplina como el Derecho Procesal del Trabajo) se expresan en una cuantificación económica. Procesos en los que se debaten remuneraciones, beneficios sociales, condiciones de trabajo, indemnizaciones por daños y perjuicios e, incluso, despidos culminan con una decisión a través de la cual se ordena el pago de cierto importe económico y la determinación de ello se sustenta regularmente en prueba documental, ya que la carga de la prueba del pago le es impuesta al empleador[39], quien debe acreditar el pago a través de documentos[40]. Tal afirmación es incluso aplicable en los casos en los que se invoca el principio de primacía de la realidad y se requiere el reconocimiento de la existencia de una relación sustancial (que informal o formalmente hubiese sido presentada como una civil) como laboral, ya que la existencia o inexistencia de la subordinación jurídica es también acreditada, normalmente, a través de documentos.

(38) El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida (art. 21 de la NLPT), siendo las declaraciones los primeros medios en ser actuados (art. 46 numeral 5 NLPT) y debiendo tenerse en cuenta que las exposiciones orales de las partes prevalecen sobre las escritas (art. 12.1 de la NLPT)

(39) Art. 23. 4 de la NLPT

(40) El artículo 18 del D.S. 001-98-TR modificado por el D.S. N° 009-2011-TR prevé que el pago de la remuneración se acredita con la boleta de pago firmada por el trabajador o con la constancia respectiva y en los casos en que el pago de la remuneración se realice a través de las empresas del sistema financiero, el pago se acredita con la constancia de depósito en la cuenta de ahorros a nombre del trabajador.

Si la actuación probatoria en el proceso laboral es normalmente escrita y ni las declaraciones de las partes ni las testimoniales son, generalmente, determinantes para lograr la convicción en el juzgador ¿por qué la "estelarización" de los interrogatorios?

Dentro de la fascinación que ha generado la oralidad, podría considerarse que la prueba documental deba ser oralizada, sometiéndola al contradictorio oral, sin repararse en la eficiencia de ello. En la línea de Nieva Fenoll, consideramos que "la prueba documental, por su propia esencia, es escrita y, al menos en principio debe ser escrita (...) que la prueba sea oral no siempre hace de la misma una actividad más fiable, sino que, en malas manos, la oralidad puede conducir precisamente a que la prueba sea inútil"[41]. Es de verse que si un empleador no pagó una remuneración, no otorgó un beneficio social o despidió sin procedimiento legal de por medio, no debería importar mucho la declaración del incumplido, lo afirmado por sus testigos, ni las cualidades oratorias o de persuasión de los abogados en referencia a lo que digan que "dice" el documento, ya que independientemente del histrionismo al que se recurre, será incontrastable que existirá una deuda pendiente de ser atendida.

Debe reconocerse que si bien la impartición de la justicia laboral es cuestionada, ello se fundamenta en la demora de los procesos y en la ineficacia de sus decisiones, pero no en la injusticia de sus fallos. Normalmente se resuelve en justicia y a partir de una adecuada valoración de los medios de prueba. Para ello no se ha recurrido, en el modelo procesal anterior, a una privilegiada actuación de las declaraciones y testimoniales, sino a un correcto análisis documental. Teniendo en cuenta lo expresado, la importancia brindada a las declaraciones en el nuevo proceso laboral no deben llevar a oralizar toda la actuación probatoria, desarrollar prácticas innecesarias como efectuar siempre un "debate cruzado" sobre el contenido de los documentos, ni minimizar el valor del análisis del documento para la toma de decisiones.

El sobredimensionamiento de las actuaciones orales en la etapa probatoria también se ve revelado por el esquema previsto tanto en el proceso ordinario como en el proceso abreviado, ya que concluida la actuación probatoria y luego de expresados los alegatos verbales en el mismo acto, el juez expide la decisión a través de la cual resuelve la controversia[42]. Ahora, en tanto que en el fallo se deben indicar los derechos reconocidos, así como las prestaciones a cargo del demandado, señalándose el monto líquido si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero[43], el juzgador debe llegar a la audiencia no solamente debidamente preparado y con un sólido conocimiento de los hechos y el derecho aplicable, sino incluso, en los casos de pago de remuneraciones y beneficios sociales (que ciertamente

(41) NIEVA FENOLL, Jordi. "Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras", p. 27, en: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=18&embedded=true>.
(42) Arts. 46 y 49 de la NLPT
(43) Art. 31 de la NLPT

son la mayoría), con una cuantificación elaborada a título de "borrador" o proyecto del fallo a emitirse.

Si ello es así, se aprecia que el juez no asiste a la audiencia en la que se desarrolla la actuación probatoria como una "tabla rasa" o "impoluto" para recién vincularse con el caso, ya que no solamente lo conoce muy bien, sino que además cuenta con una decisión previa que debe corroborar, modificar o desechar. Entonces, en muchos casos, consideramos que en los más, la finalidad de la audiencia será justificar una decisión ya adoptada con anterioridad en base al estudio del caso por el juez, lo cual corrobora que la "oralización" de la prueba documental no debería tener una trascendencia mayor.

Sobre la valoración de la prueba también se han formado cuestionables expectativas irreales en el proceso oral. Así, se ha expresado que al imponerse fundamentalmente una práctica probatoria fundamentalmente concentrada, se posibilita la inmediación efectiva y real del juez, lo que debería permitir obtener los mayores provechos del contacto directo, frontal y concentrado del juzgador con las partes y sus medios de prueba, facilitando –asimismo– la valoración judicial[44]. A partir de ello, se esperaría que al actuarse los interrogatorios, el juez se percate de la autoafirmación, inseguridades, dudas o titubeos de los declarantes, no advirtiéndose que el juez no es un especialista en psicología del testimonio e, independientemente de la capacitación que pueda recibir en este ámbito, no se convertirá en un experto en tal materia. Es de verse que aun así se percatara el juez de las referidas manifestaciones psíquicas de las partes, testigos o peritos al expresar sus declaraciones, muy difícilmente se podrán motivar las decisiones sobre la controversia en base a tales expresiones subjetivas.

Bordalí y Hunter califican de peligroso y perverso el mito del "juez psicólogo", por el que se ve en la oralidad una suerte de eje facilitador en la percepción del lenguaje corporal de las partes y testigos que permite evaluar la fiabilidad de las pruebas.[45] Inmediación debe implicar actuación inmediata de la prueba ante el propio magistrado que va a resolver la controversia, mas no llevar a determinar que por ello su sentido común, en función a la percepción de cómo se declara, determinará el amparo o denegación de las pretensiones intentadas.

2. La publicidad del proceso

El principio de publicidad alude a la publicidad para las partes y la publicidad general. La primera se refiere al principio de contradicción y la segunda constituye la verdadera publicidad, señalándose que sin oralidad no hay publicidad, ya

(44) PALOMO VÉLEZ, Diego. "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere? Una lectura desde los desafíos de la modernización de la justicia chilena". En: *Cáthedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la UNMSM. N° 12, Lima, 2006, pp. 33.
(45) BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván , Ob. cit.

que "solo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia"[46].

Consideramos que esta concepción de limitar la vigencia del principio de publicidad a los procesos orales se sustenta también en un mito, ya que el hecho que se realice una audiencia a puerta abierta no garantiza su publicidad. Bajo la Ley N° 26636, las audiencias se efectúan también públicamente, siendo sancionadas con nulidad tales diligencias y la actuación de los medios probatorios que no se realizan ante el juez[47], y ello no ha determinado que la publicidad sea una garantía predicable del proceso laboral regulado por la mencionada ley.

La publicidad puede encontrarse mejor garantizada por la digitalización del proceso y ello no depende de la oralidad del sistema procesal, sino simplemente de que las actuaciones procesales y las decisiones expedidas en juicio sean de público conocimiento a través de los medios masivos de comunicación como internet. Los limitados ambientes de las salas de audiencias permiten a muy pocas personas, distintas de las partes, tomar conocimiento del desarrollo del juicio. Por su parte, el expediente digital, el que no se circunscribe solamente a los procesos orales, permite que toda la ciudadanía pueda tomar conocimiento de su desarrollo y efectuar un control social sobre las decisiones y desempeño de la justicia laboral. La publicidad no se encuentra entonces indisoluble y exclusivamente ligada a la oralidad, por lo que la presentación de estas como binomio tendría más la finalidad de potenciar tal modelo procesal antes que expresar sus reales ventajas.

Cabe indicar en este apartado que la exaltación de la publicidad podría ser, a veces contraproducente para la solución de la controversia. Ello ocurre en la conciliación, sobre la cual, en el esquema procesal peruano, solamente se ha previsto que durante ella se suspenderá el registro en audio y video[48], pero la práctica ha llevado a que estas se desarrollen con público. En tanto que la conciliación puede generar que se señalen hechos, prácticas e interpretaciones que podrían ser contraproducentes a los intereses de un empleador demandado en otro proceso (ya que en la sala de audiencia pueden encontrarse demandantes o potenciales demandantes de otros juicios) no sería recomendable que la diligencia se desarrollara con presencia de público. En este sentido, consideramos adecuada la regulación de la etapa de conciliación en el modelo venezolano, en el que se ha establecido que la audiencia preliminar se realice en forma privada presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución[49].

(46) MONTERO AROCA, Juan. "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad". En: *DERECHO*. PUCP N° 53. Lima, 2000, p. 625.
(47) Art. I del Título Preliminar de la Ley N° 26636.
(48) Artículo 12.1 de la NLPT.
(49) Art. 129 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela.

IV. BONDADES DE LA ORALIDAD EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

La NLPT contiene una serie de innovaciones al proceso laboral que sin duda lo modernizan y determinan que la justicia laboral pueda brindar una mejor respuesta en la resolución de las controversias jurídicas laborales. Varias de estas modificaciones se explican por el modelo oral previsto para los procesos ordinario y abreviado, pero otras tantas no se derivan necesariamente de la oralidad o de una compatibilidad con esta, sino que constituyen una natural respuesta frente a las necesidades evidenciadas luego de aproximadamente 14 años de vigencia del modelo anterior, la identificación de prácticas ineficientes, así como el propio desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación y su posibilidad de incorporarlas para una mejor gestión de los procesos.

Identificamos entonces, a continuación, ambos tipos de innovaciones, inicialmente aquellas que, a nuestro entender sustanciales, no se derivan del esquema oral adoptado y luego las que sí se explican como expresión de la oralidad.

4.1. Bondades del nuevo proceso laboral no derivadas de la oralidad

El deber de privilegiar lo sustancial sobre lo formal; la especialización de la justicia laboral; la recurrencia a la notificación electrónica; el ejercicio de las facultades probatorias de oficio por la segunda instancia, con la prohibición de que esta declare la nulidad de la sentencia por no haber hecho ejercicio el juez de primera instancia de tales facultades; la presunción de laboralidad, a partir de la acreditación de la sola prestación de servicios; el efecto no suspensivo del recurso de casación; la creación del precedente judicial de la Corte Suprema; las sustanciales mejoras en cuanto concierne a la tutela cautelar; el establecimiento de parámetros razonables para someter las controversias jurídicas al arbitraje; la creación de un fondo de formación de magistrados y de fortalecimiento de la justicia laboral; la implementación de una red electrónica que permita la notificación de las resoluciones mediante correo electrónico y publicación simultánea en el portal institucional del Poder Judicial; la implementación de una base de jurisprudencia relevante y precedentes vinculantes; la creación de un sistema informático de cálculo de derechos y beneficios sociales; y, la existencia de tribunales unipersonales que resuelven –en última instancia– determinadas controversias en función de la cuantía, entre otras modificaciones, constituyen, sin duda, importantes innovaciones que apuntan a la eficiencia del proceso laboral.

Estas innovaciones se aprecian, con algún nivel de detalle, en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 2

Figura	Ubicación en la NLPT
Sustancial ampliación del ámbito de la justicia laboral	Art. II Título Preliminar y arts. 1 al 4
Privilegio del fondo sobre forma y rol protagónico del juez en el desarrollo e impulso del proceso.	Art. III Título Preliminar
Especialización laboral de los juzgados de paz letrados	Art. 1
Comparecencia de menores sin representante legal y actuación de sindicatos en defensa de sus afiliados sin necesidad de poder especial	Art. 8
Reglas de legitimación especial en casos de afectación de los derechos fundamentales del trabajo	Art. 9
Notificaciones mediante sistemas de comunicación electrónica	Art. 13
Incremento de multas por temeridad o mala fe	Art. 15
Comparecencia del prestador de servicios sin abogado si el petitorio no supera las 10 URP y, a criterio del juez, hasta las 70 URP	Art. 16
Demanda de liquidación de derechos individuales cuando exista sentencia declarativa del Tribunal Constitucional o la Corte Suprema	Art. 18
Actuación probatoria de oficio en segunda instancia y la imposibilidad de declarar la nulidad de la sentencia por no haberse hecho ejercicio de tal facultad	Art. 22
Reglas de distribución de la carga de la prueba: Presunción de laboralidad a partir de la prestación personal de servicios	Art. 23
Conciliación y transacción en cualquier estado del proceso hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada	Art. 30
Efecto no suspensivo del recurso de casación	Art. 38
Precedente judicial de la Corte Suprema	Art. 40
Proceso cautelar: • Medida cautelar fuera del proceso • Posibilidad de dictarse cualquier medida cautelar, incluso una genérica no prevista en las normas procesales • Reposición provisional exigiendo solo la verosimilitud del derecho en casos de afectación a la libertad sindical o tener la condición de menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad	Art. 54 al 56
Proceso de Ejecución	Art. 57 al 63
Procesos no contenciosos	Art. 64 al 68
Conciliación administrativa facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador	Quinta disposición complementaria
Parámetros para someter válidamente las controversias jurídicas en materia laboral al arbitraje	Sexta disposición complementaria
Pago de costos por parte del Estado	Séptima disposición complementaria
Fondo de formación de magistrados y de fortalecimiento de la justicia laboral	Duodécima disposición complementaria
Red electrónica que permita la notificación de las resoluciones mediante correo electrónico y publicación simultánea en la página web del Poder Judicial	Primera disposición transitoria
Implementación por parte del MTPE con la colaboración del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional de una base de datos pública, actualizada permanentemente, que permita el acceso a jurisprudencia, precedentes vinculantes y ofrezca información estadística sobre los procesos laborales en curso	Segunda disposición transitoria
Implementación por parte del MTPE con la colaboración del Poder Judicial de un sistema informático que permita el cálculo de los derechos y beneficios sociales	Tercera disposición transitoria
Implementación por parte del MTPE de un sistema de remisión electrónica de información de las planillas electrónicas	Cuarta disposición transitoria
Creación e instalación progresiva de juzgados y salas laborales para fortalecer la especialidad laboral a efectos de brindar un servicio de justicia más eficiente	Quinta disposición transitoria
Tribunales unipersonales que resuelven en segunda y última instancia las causas cuya cuantía de la sentencia recurrida no supere las 70 URP	Sexta disposición transitoria

Consideramos que estas innovaciones pudieron efectuarse perfectamente sobre la Ley N° 26636, a pesar de, ciertamente, no expresar ella un modelo oral, pero su compatibilidad con la estructura del proceso habrían contribuido a su perfeccionamiento. Es decir la NLPT no solo es oralidad, sino modernización y eficiencia

2. Bondades del nuevo proceso laboral derivadas de la oralidad

Las innovaciones que son expresión de la adopción de un modelo oral son, a nuestro entender, las que se expresan a continuación:

CUADRO N° 3

Figura	Ubicación en la NLPT
Reglas de conducta en las audiencias: Respeto y prohibición de empleo de determinas expresiones. Colaboración en la impartición de justicia. Sanciones por inadecuada conducción en las audiencias	Art. 11
Prevalencia de la oralidad: Prevalencia de las exposiciones orales de las partes y sus abogados sobre las escritas. Audiencias como debate oral de posiciones. Interrogatorio de partes, abogados y terceros por el juez en cualquier momento. Actuaciones en audiencia, salvo la conciliación, son registradas en audio y video.	Art. 12
Demanda y contestación sin incluir pliegos interrogatorios	Arts. 16 y 19
Concurrencia de las partes a la audiencia de prueba con todos sus testigos, peritos y documentos que corresponda ofrecer o exhibir. Actividad bajo responsabilidad y costo de las partes, sin citación del juzgado	Art. 21
Forma de los interrogatorios	Art. 24
Actuación oralizada de la pericia	Art. 28
Presunciones derivadas a partir de la conducta de las partes asumidas en el proceso	Art. 29
Expedición de la sentencia de segunda instancia. Expresión del fallo concluida la exposición oral o diferirla dentro de los cinco días hábiles	Art 33
Expedición de la sentencia de casación. Expresión del fallo concluida la exposición oral o diferirla dentro de los cinco días hábiles	Art. 37
Proceso ordinario. Citación a la audiencia de notificación sin contestación de la demanda	Art. 42
Proceso ordinario. Audiencia de conciliación: • Rebeldía automática del demandado si no asiste o, si asistiendo, no contesta la demanda o carece de poderes suficientes para conciliar • Si existe un extremo no controvertido el juez emite resolución con calidad de cosa juzgada ordenando su pago en el pago fijado por las partes o dentro de cinco días • Precisión de las pretensiones materia de juicio • Contestación de la demanda en audiencia y calificación en audiencia	Art. 43
Proceso ordinario. Confrontación de posiciones en audiencia de juzgamiento	Art. 45

Proceso ordinario. Actuación probatoria en audiencia de juzgamiento: • El juez enuncia hechos que no necesitan actuación probatoria y los medios probatorios dejados de lado • Enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria • Cuestiones probatorias formuladas verbalmente • Actuación de todos los medios probatorios admitidos	Art. 46
Proceso ordinario. Alegatos orales. Fallo de la sentencia expedida en forma inmediata o luego de 60 minutos. Notificación de la sentencia en despacho judicial	Art. 47
Proceso abreviado. Audiencia única estructurada a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral	Art. 49

Tales modificaciones generan consecuencias positivas como las que se expresan a continuación:

- El desarrollo de conocimientos, habilidades, actitudes y experiencias distintas a aquellas a partir de las cuales se ha formado tradicionalmente a los abogados. Ello implica entonces un cambio en la cultura jurídica en lo que concierne a la formación de abogados por parte de las universidades y, en cuanto al ejercicio profesional, en la asesoría en litigios, las estrategias procesales y la forma de conducirse en los juicios.

- "Demandas inteligentes" en las que se expresen clara y ordenadamente los hechos a partir de los cuales se genera la controversia, las pretensiones debidamente precisadas, el ofrecimiento de los medios de prueba suficientes y la pertinente fundamentación jurídica del petitorio intentado. La experiencia judicial permite afirmar que en muchos casos las demandas de los trabajadores no reúnen la información, claridad, fundamentación ni ofrecimiento de medios probatorios suficientes, habiéndose contribuido, en cierta manera, en consolidar tal tipo de práctica, cierta concepción del principio protector por el cual se consideran subsanados la mayor parte de los defectos de la demanda (a pesar de la pasividad e inactividad de la defensa legal de los demandantes) y se recurre intensivamente a la prueba de oficio, siendo práctica extendida la anulación de las sentencias de primera instancias por no haber hecho ejercicio de tal facultad. La dinámica del nuevo proceso exige demandas mejor elaboradas y también un abogado que redacte bien, que argumente con solvencia y que se encuentre alerta en el desarrollo de las diligencias para hacer valer los intereses de su patrocinado.

- Desempeño procesal de los empleadores acordes con la finalidad del proceso: Su pronta resolución en justicia a través de una decisión eficaz. La práctica judicial permite también afirmar –que en muchos casos– la defensa de los empleadores orienta su actividad hacia la dilación de los

juicios. Varios abogados de quien habrá de ser vencido en juicio[50] pretenden evidenciar sapiencia, experticia y dedicación a la causa defendida a razón de desarrollar una conducta de obstrucción a la impartición de justicia, sabedores que uno de los costos más elevados que afronta a un trabajador demandante es el del tiempo de duración del proceso. El adecuado uso de las presunciones judiciales[51], considerar los hechos expuestos en la demanda como admitidos en el caso de no haber sido negados expresamente[52], la aplicación de las multas por temeridad y mala fe[53] y el registro en audio y video del desempeño en la etapa de juzgamiento[54], deberían contribuir a orientar un desempeño profesional del obligado a resolver la controversia y no a su innecesario alargamiento.

- Fortalecimiento de la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos. Bajo el proceso regulado por la Ley N° 26636 se concilia poco y ello no se debe a que la aplicación del principio de irrenunciabilidad lo impida, sino, fundamentalmente, a la inexistencia de incentivos para el empleador incumplido para hacerlo. Habitualmente, a no ser que exista una política de la propia empresa para limitar la conflictividad laboral al interior de la organización empresarial, al empleador incumplido le es más conveniente que el proceso siga todo su decurso, el que incluye la impredecible (en duración) etapa de ejecución, a poner fin a la controversia en la etapa postulatoria. La existencia, dentro de la estructura procesal, de una audiencia exclusiva para conciliar y la regulación brindada a ella, así como la exigencia de expedirse el fallo apenas concluida la etapa probatoria, deben determinar un mayor número de procesos concluidos a través de este mecanismo de composición del conflicto.

- Rol del juez en la dirección del proceso. La NLPT exige al juzgador en los procesos abreviado y de conocimiento, una diligente preparación de cada juicio en tanto que debe conciliar más de lo que tradicionalmente se ha encontrado habituado, debe calificar la contestación de la demanda inmediatamente después de recibida y en presencia de las partes[55], le corresponde actuar los medios de prueba ofrecidos y valorarlos en la misma etapa, así como expedir el fallo (y varias veces la sentencia completa) apenas concluida la actuación probatoria y luego de escuchados los alegatos verbales. Ello, ciertamente, implica elevar el estándar de exigencias

(50) Normalmente, en el proceso de cognición no existe una incertidumbre total sobre la existencia del derecho y su resultado. Es por ello que su resultado suele ser "fundado en parte", ya que si bien no se amparan las pretensiones tal como han sido planteadas en la demanda, regularmente se ordena el reconocimiento de un derecho u otorgamiento de beneficios expresados en el pago de determinado importe.
(51) Artículo 29 de la NLPT.
(52) Artículo 19 de la NLPT.
(53) Artículo 15 de la NLPT.
(54) Artículo 12 de la NLPT.
(55) Artículo 43 numeral 3 de la NLPT.

al juez laboral e implica un permanente reto para este. Su rol protagónico demandará que se encuentre mejor capacitado y que evidencie mayor diligencia y compromiso en la dirección del proceso y su pronta culminación, a pesar de que, como hemos señalado, ello no depende exclusivamente de él, sino también de las condiciones que hemos identificado como necesarias.

Puede afirmarse, entonces, que las innovaciones de la NLPT no vinculadas a un esquema procesal oral son, en número y trascendencia, tan o más importantes que las que se derivan de la oralidad prevista para los procesos ordinario y abreviado.

V. REFLEXIÓN FINAL

La oralidad no lo es todo en el nuevo proceso laboral. Constituye el membrete, el nombre de una reforma dirigida a lograr juicios eficientes a partir de fallos justos, céleres y eficaces.

Si la implementación del denominado proceso oral implica que se satisfagan las condiciones enunciadas en cuanto a carga razonable, mejor organización judicial, incremento del número de jueces y asignación adecuada de recursos, la reforma habrá cumplido sus fines, independientemente que el membrete sea "oralidad" o algún otro. Sino, si solamente es expresión de una moda, en atención a las reformas de los procesos laborales de la región, pero no implica un compromiso efectivo y evidenciado por los distintos actores que intervienen en el proceso, pronto nos encontraremos invocando una nueva reforma, seguro bajo alguna otra denominación, pero con los mismos problemas y carencias ya conocidos.

Lima, setiembre de 2012

LA ORALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

Paul PAREDES PALACIOS

Dime cómo son tus expedientes y te diré el tipo de proceso que practicas.

SUMARIO

Resumen. Introducción. **PARTE I: 1.** La reforma de la justicia laboral peruana y la promesa de oralidad: la oralidad como impulso de la reforma. **2.** La oralidad en la Ley Procesal del Trabajo de 1996. **3.** Las perspectivas dogmática y metodológica de la oralidad. Hacia una oralidad en sentido práctico. **4.** La apuesta por un sentido fuerte de oralidad. **5.** Haciendo vigente la oralidad: actual, constante, viva. **PARTE II: 1.** Los principios y valores de la oralidad. **2.** Jueces hábiles, inteligentes y honestos. **3.** La igualdad por compensación en clave de acceso a la justicia (al sistema jurídico). **4.** Simplicidad e informalidad. **5.** Búsqueda de la verdad, publicidad y transparencia. **6.** Preparación y participación en las audiencias. **PARTE III: 1.** Conciliación. **2.** Confrontación de posiciones. **3.** Actuación probatoria. **3.1.** Ofrecimiento de los medios de prueba. **3.2.** Mecánica de la actuación probatoria. **3.3.** Presunciones. **4.** Alegatos. **5.** Sentencia. Reflexión final

RESUMEN

El nuevo proceso laboral peruano se asienta en la oralidad, el uso intensivo de la tecnología y el acceso a la justicia. No habrá tutela jurisdiccional efectiva sin un concepto fuerte de oralidad que signifique, no solo un modo de comunicación sino, sobre todo, búsqueda de la verdad, publicidad, transparencia, simplicidad, igualdad, pero también, consolidación de los valores democráticos al procurar relaciones laborales más equitativas, más respetadas, más participativas, más representativas, en suma, más dignas. En el documento se aborda la oralidad desde un sentido de utilidad práctica para los fines de la audiencia. También toca los condicionantes sobre los que se soporta la oralidad práctica. Finalmente, propone herramientas concretas para la eficacia de la audiencia con miras al fallo y la sentencia.

INTRODUCCIÓN

La Nueva Ley Procesal del Trabajo[1] propone un cambio sustancial en la concepción de la forma de hacer justicia. No se agota en un mero cambio de leyes, sino de entendimientos y modos de actuación, principalmente de parte de los jueces y auxiliares, pero también de los abogados y de los protagonistas de la justicia laboral: los trabajadores y los empleadores.

En esa lógica de introducir cambios sustanciales la nueva Ley Procesal del Trabajo exige la implementación de un conjunto de actividades complementarias vinculadas a la formación y capacitación de jueces, abogados, auxiliares, trabajadores, empleadores y demás usuarios de la justicia laboral; el desarrollo de infraestructuras a nivel informático y la adquisición de bienes muebles e inmuebles; la necesidad de una redistribución de las competencias geográficas de los juzgados a partir de un mapeo de la conflictividad laboral a nivel nacional; así como un seguimiento que retroalimente la reforma.

La nueva ley busca solucionar los procesos de manera más rápida y eficiente, pero también pretende ser un mecanismo que fomente una cultura de armonía, respeto a la persona y de cumplimiento de las obligaciones laborales. Un mecanismo que junto con otros medios alternativos de solución de conflictos (como la conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la inspección del trabajo, la conciliación privada o el arbitraje) establezca un balance en las posiciones de trabajadores y empleadores gracias a su rapidez, eficiencia, verdad y predictibilidad, así como a su capacidad de escrutinio (público) de los argumentos expuestos en el debate.

El nuevo manejo procesal incidirá, definitivamente, en un mejor acceso a los derechos laborales y a los objetivos constitucionales de acceso a la justicia. Esto contribuirá también en la consolidación de la democracia en general y, en particular, en el respeto de los derechos humanos como expresión de justicia.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo involucra diversas tareas muchas de las cuales deberán ser atendidas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Academia Nacional de la Magistratura, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de

(1) La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, fue publicada en *El Peruano* el 15 de enero de 2010. Su novena disposición complementaria dispuso la entrada en vigencia a los seis (6) meses desde su publicación, de modo progresivo, en atención a los ámbitos territoriales que vaya disponiendo el Poder Judicial. A partir del 15 de julio de 2010 viene siendo aplicada en la Corte Superior de Tacna. Durante ese mismo año también en las Cortes de Cañete (16 de agosto), La Libertad (1 de setiembre), Arequipa (1 de octubre), Lambayeque (2 de noviembre) y Cusco (1 de diciembre). Puede revisarse al respecto la Resolución Administrativa 413-2010-CE-PJ publicada en *El Peruano* el 1 de enero de 2011. En el año 2011 en Moquegua (1 de julio), Ica (8 de julio), Junín (15 de julio), El Santa (22 de julio) y Cajamarca (26 de julio), según Resolución Administrativa N° 124-2011-CE-PJ. En el año 2012 en las Cortes Superiores de Lima Sur (2 de julio), Lima Norte (3 de setiembre), Callao (1 de octubre) y Lima (5 de noviembre) conforme a la Resolución Administrativa N° 023-2012-CE-PJ.

Trabajo y Promoción del Empleo, las universidades, públicas y privadas, y los gremios de trabajadores y empleadores.

El presente texto constituye un replanteamiento de la ponencia oficial presentada en el II Seminario Internacional de Derecho Procesal, Proceso y Cons- titución, realizado en Lima en mayo de 2011, bajo el título "La oralidad en el nuevo proceso laboral peruano y el acceso a la justicia (al sistema jurídico laboral)", organizado por la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El replanteamiento consiste en presentar a la oralidad como una idea o valor transversal a todo el proceso laboral. No solo circunscrito a la actividad probatoria –donde suele tener una intervención más intensa, más visible y más aceptada– sino en todas las etapas realizadas en audiencia.

Así, este documento propone, en un primer momento, reflexionar sobre el significado de la oralidad a partir de nuestros antecedentes históricos más inmediatos: la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, y el Código Procesal Civil. ¿Por qué a pesar de haber tenido dos leyes que regularon procesos orales estos no terminaron siendo auténticamente tales, sino que persistieron siendo escritos? Esta reflexión nos conducirá a revisar el significado de la oralidad y a adoptar, en consecuencia, uno que resulte siendo práctico en el desarrollo de las audiencias, y funcional a la idea de acceso a la justicia.

En este punto se busca dar respuesta a por qué la oralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido planteada como el principal motivo de la reforma cuando, a pesar de ello, en la ley sustituida, aquella ya se encontraba presente.

En un segundo momento, el documento se enfoca en el análisis de los condicionamientos necesarios para predicar la oralidad de los procesos laborales, en un sentido metodológico o práctico. En este punto analizaremos los diferentes componentes que dan viabilidad a la oralidad: la igualdad por compensación como principio directriz del proceso laboral, jueces hábiles que dirigen y con-trolan el proceso, un esquema procedimental simplificado, desformalizado y público, el principio de facilitación probatoria como herramienta para la acreditación de los derechos, la participación de las partes y sus abogados en términos de colaboración y buena fe.

Finalmente, en un tercer momento, el documento propone determinadas manifestaciones prácticas de oralidad en el desarrollo de las audiencias, funcio-nales y útiles de cara a la idea de acceso a la justicia: en la conciliación, en la confrontación de posiciones, en la actuación probatoria, en los alegatos y en la sentencia. Se propone, en última instancia, un expediente oral radicalmente distinto al expediente escrito al cual estamos acostumbrados.

PARTE I
EL SIGNIFICADO DE LA ORALIDAD ANALIZADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA LABORAL PERUANA

1. LA REFORMA DE LA JUSTICIA LABORAL PERUANA Y LA PROMESA DE ORALIDAD: LA ORALIDAD COMO IMPULSO DE LA REFORMA

La oralidad ha sido, sin duda, el argumento más emblemático en el impul- so de la reforma procesal laboral introducida en Perú en el año 2010. La Resolución Ministerial 044-2008-TR que conformó el grupo de trabajo para la redacción del anteproyecto de ley dispuso, justamente, que uno de los elementos centrales de la nueva norma debía ser la oralidad[2].

Desde la dogmática procesal, llama la atención que, iniciando el siglo XXI, la oralidad se constituya en el eje de la reforma procesal laboral. Como lo recuerda Cappelletti, desde fines del siglo XIX y durante el siglo XX los distintos ordenamientos procesales europeos continentales giraron de la escritura a la oralidad. El gran cambio de ese entonces significó abandonar el viejo sistema de la escritura del denominado proceso común para acoger el principio de la oralidad (2006), 62.

A decir de Cappelletti, esto ocurrió en casi toda Europa, con gran determinación en los ordenamientos alemán y austriaco y, con menor intensidad, en Francia e Italia; sin embargo –agrega– no ocurrió en España. "Solo en cuanto al Proceso Civil español, sería probablemente muy aventurado hablar todavía hoy [1973] de una aceptación de la idea de oralidad; (...)" (Cappelletti, 2006, 63).

Si consideramos que el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911[3] se inspiró[4] en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, podemos concluir, como lo hace Morales Godo, que nuestra segunda norma procesal civil[5] no recogió la tendencia de la oralidad (2009), 6.

Podría objetarse, en contra de la afirmación precedente, que las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles introdujeron ya la oralidad en las audiencias, por lo menos formalmente; sin embargo, se trataría de una falsa oralidad pues el juez no estaba presente en ellas y seguía, por tanto, juzgando a partir

(2) El otro elemento debía ser el uso intensivo de la tecnología.
(3) Vigente desde el 28 de julio de 1912 hasta el 27 de julio de 1993.
(4) Morales Godo señala que este se limitó a copiar la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (2009), 6.
(5) La primera fue el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú de 1852.

de los escritos de las partes y de las actas que daban cuenta de la celebración de las audiencias y de la actuación probatoria ante el secretario de la causa.

En el proceso laboral peruano ocurría lo mismo. El Decreto Supremo 003-80-TR[6] recogió la figura del comparendo que era el momento en que el demandado contestaba la demanda y se actuaban los medios probatorios, pero ante el secretario de la causa[7]. Es decir, se tenía un proceso laboral sustancialmente escrito.

Es con el Código Procesal Civil de 1993 que la oralidad, formal y sustancialmente, ingresa a tallar en el ordenamiento procesal peruano[8] gracias a la participación del juez en las distintas audiencias reguladas. Lo mismo podría decirse, por tanto, de la Ley Procesal del Trabajo de 1996, la Ley 26636[9], estructurada a partir del proceso sumarísimo (de audiencia única) del Código Procesal Civil[10]. Desde esta perspectiva puede afirmarse, por tanto, que la oralidad, sustancialmente hablando, se introdujo en el proceso laboral peruano con la Ley Procesal del Trabajo de 1996.

Si, formal y sustancialmente la Ley Procesal del Trabajo de 1996 regulaba un proceso laboral oral –inspirado en la oralidad del Código Procesal Civil– ¿qué explica, entonces, que la reforma de la justicia laboral del año 2010 se haya planteado enarbolando la oralidad? Si la nueva norma iba a significar un cambio en la concepción de la justicia laboral (una reforma) y esta debía estructurarse a partir de la oralidad, ¿no era porque se asumía precisamente que la Ley Procesal del Trabajo, la Ley 26636, no regulaba un proceso oral sino uno

(6) Norma con fuerza de ley por disposición del artículo 30 del Decreto Ley 19040.
(7) El artículo 28 disponía lo siguiente:
Iniciado el comparendo, el Secretario del Juzgado dará lectura a la demanda y a las pruebas documentales que el demandante hubiese presentado.
A continuación, leerá la contestación a la demanda y las pruebas documentales presentadas por el demandado. No serán admitidas excepciones ni artículos de previo y especial pronunciamiento. Si se hicieran valer, serán resueltas en la sentencia.
(...).
La posibilidad de la conciliación estaba regulada del siguiente modo:
Artículo 29.- Cumplidos los actos a que se refiere el artículo anterior, el Juez o el Secretario del Juzgado invitará a las partes a una conciliación. Si esta se produjese, se dejará constancia en el acta, debiendo el Juez dictar la Resolución aprobatoria.
Y la actuación probatoria, que no precisaba si necesariamente debía realizarse ante el juez por lo que, de común, se realizaba ante el secretario de la causa, se reguló del siguiente modo:
Artículo 30.- Si no se realizare la conciliación se actuará de inmediato las pruebas ofrecidas por el demandante y luego las ofrecidas por el demandado, a excepción, en ambos casos, de la testimonial que se actuarán en conformidad con el artículo 45 [en una audiencia especial posterior].
(8) Así, Morales Godo (2009), 6.
(9) Publicada en *El Peruano* el 24 de junio de 1996. En vigencia a partir del 22 de setiembre de 1996.
(10) Así lo sostiene también Ariano Deho para quien la Ley Procesal del Trabajo de 1996 es un "derivado" del Código Procesal Civil (2007), nota 5, 360.

escrito? ¿En qué consiste entonces esta aparente contradicción denotada en la promesa de oralidad de la reforma?

2. LA ORALIDAD EN LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DE 1996

La Ley Procesal del Trabajo de 1996 introdujo un cambio sustancial con relación a la norma previa, el Decreto Supremo N° 003-80-TR: la realización de la actuación probatoria ante el juez de la causa en audiencia única[11].

Recogió, asimismo, los principios de inmediación, concentración, celeridad y veracidad[12]. Reguló, por tanto, un proceso que reunía, en el momento de la audiencia, a las partes, sus abogados, los medios probatorios y el juez. No para meramente contemplarse sino para interactuar, es decir, para oírse los unos a los otros. Puede concluirse, también desde un análisis interno de la norma, que la Ley Procesal del Trabajo sí reguló un proceso oral, aun cuando no haya recogido expresamente el principio de oralidad.

Si la Ley Procesal del Trabajo reguló un proceso oral ¿por qué se impulsó la reforma de la justicia laboral desde la oralidad?

La reforma ha sido impulsada sobre la oralidad porque, en los hechos, la justicia laboral ha venido actuando, estructuralmente –formal y sustantivamente– como un proceso escrito. Bajo la vigencia de la Ley Procesal del Trabajo muy difícilmente se podría haber afirmado que los procesos laborales eran orales.

¿Por qué? Porque en el momento de la audiencia única los participantes no interactuaban. La audiencia solo tenía el carácter de una etapa más por cumplir y, por tanto, resultaba inevitablemente inútil[13]. Así, la audiencia se redujo al acta que, a su conclusión, se debía firmar para convertirse en un papel más para adicionar al expediente[14]. En la realidad, el proceso laboral –bajo la Ley Procesal del

(11) El segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, estableció que "Las audiencias y actuación de los medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad". Por su parte, el artículo 63

(12) El primer párrafo del artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, señaló: "El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, concentración, celeridad y veracidad".

(13) Eugenia Ariano, en una aguda observación, ha dicho, respecto del proceso civil vigente lo siguiente: (...). Contrariamente a lo que podría pensarse, nuestro CPC introduciendo u[n] 'oralísimo' proceso por audiencias, no ha para nada reducido los formalismos propios del proceso escrito, sino que los ha exasperado a más no poder, a tal grado que ha llegado a establecer los márgenes y las distancias entre rayas 'de los escritos' de las partes (art. 130) e incluso en cuál específico punto deben ser firmados (art. 131) (...) En el Perú, pues, ambas partes están sujetas a un rigidísimo sistema de preclusiones de alegación de prueba, que es lo mismo que decir que no es que tengamos un proceso civil enderezado a emitir sentencias 'justas', en cuanto lo que no ha sido deducido en la demanda o en la contestación (repito, escritas) no podrá ser nunca más ser (sic) introducido al proceso, menos que nunca en las 'cordialísimas' y 'oralísimas' (y, por general, inutilísimas...) audiencias previstas en nuevo y tan celebrado código.

(14) Cabe precisar, por cierto, que está apreciación sobre cómo se ha venido operando bajo la Ley Procesal del Trabajo no desconoce la participación de algunos jueces que la han venido actuando oralmente, pero en franca minoría.

Trabajo– ha sido escrito, no por la ley, sino por la forma como ha sido conducido el proceso y, en particular, las audiencias[15].

La primera lección que nos deja esta constatación de tener, de un lado, una norma procesal formal y sustantivamente oral y, de otro lado, un proceso laboral que, en la práctica, es formal y sustancialmente escrito, es que la oralidad más que un asunto de la ley es un modo de actuar, un modo de ser, una actitud, una suma de conductas que, para concretar la oralidad, necesariamente debe asumir un conjunto de valores y principios que la hagan actual, constante, viva, como por ejemplo, la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, la preferencia del fondo sobre la forma, la dirección del proceso, la participación de las partes y sus abogados en las audiencias, la preparación de los jueces, la búsqueda de la verdad, la valoración razonada de la prueba, la razonabilidad de las decisiones adoptadas en el curso del proceso, la preocupación por la igualdad (efectiva) de las partes, el respeto de las garantías constitucionales y de los valores democráticos.

3. LAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA DE LA ORALIDAD. HACIA UNA ORALIDAD EN SENTIDO PRÁCTICO

Con esos antecedentes y esta primera lección el reto consistía en resolver cómo plasmar la oralidad en la nueva norma que sea efectiva y no meramente formal. Una primera posibilidad era abordar la oralidad desde el plano dogmático según el cual la oralidad es uno de los principios claves del proceso laboral. Desde esta perspectiva la oralidad, junto con la concentración, la inmediación, la celeridad, la economía procesal y la veracidad constituyen el elenco de los principios ideales de todo proceso laboral. Esta es una perspectiva estática en tanto se agota en su enunciado: introducir la oralidad como principio por el hecho de serlo.

Una segunda posibilidad era abordar la oralidad desde una perspectiva metodológica, según la cual había que sustituir la escritura por la oralidad como modo o mecanismo prevalente de las actuaciones procesales. Lo que se buscaría es que la oralidad termine siendo una característica del proceso laboral. Esta es, a su vez, una perspectiva dinámica en dos sentidos. Es dinámica, primero, porque la oralidad no se logra únicamente con el uso de la palabra hablada, sino solo en tanto ella signifique, a su vez, concentración, inmediación, celeridad, economía procesal, veracidad y, por cierto, publicidad; y segundo, porque la oralidad es, sobre todo –como se constata de la lección anotada– un asunto de actitud de los operadores y usuarios de la justicia laboral. Si la oralidad no se vive

(15) Luis Vinatea y Jorge Toyama sostienen que: "El proceso laboral, hasta antes de la creación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no era uno de carácter oral" (Vinatea Recoba/ Toyama Miyagusuku, 2010, 28). Agregan, sin embargo, que ello era "en la práctica".

no se puede predicar que un proceso –el proceso laboral peruano– sea oral, aun cuando la oralidad esté consagrada normativamente como principio.

La oralidad fue abordada en el anteproyecto y en el proyecto de ley desde la perspectiva metodológica, aun cuando en sus respectivos artículos 24 –al igual que en el artículo 24 de la ley– se hacía mención al principio de oralidad, más por concesión que por convicción[16]. Si se revisa los títulos preliminares del anteproyecto y del proyecto de ley se advierte que en ninguno de ellos se dedicó un artículo especial para mencionar la oralidad como principio del proceso laboral. Si la oralidad debe ser tratada como un principio o solo como una característica o una peculiaridad del proceso laboral es un asunto secundario para la mirada metodológica. Lo importante, desde esta perspectiva, es que la oralidad sea una herramienta que permita un mayor y mejor acceso a la justicia. Por cierto, contribuye a afirmar que la oralidad no es un principio[17] (sino solo una característica del proceso laboral), el hecho que no está presente en todas las actuaciones procesales (no lo está en la demanda, en la contestación, en el proceso cautelar, en el proceso de ejecución, por ejemplo) pero, sobre todo, que la oralidad no es privativa del proceso laboral (la encontramos en el proceso penal con gran claridad y, con menor intensidad en los procesos de familia y hasta en los procesos civiles)[18].

El espacio que la oralidad (y la concentración, la inmediación, la celeridad, la economía procesal y la veracidad) tiene en el título preliminar de la ley es concesión de la Comisión de Trabajo del Congreso que aprobó, por unanimidad,

(16) Esta idea aparecía en ambos textos en el artículo 24 de igual tenor, por cierto, al artículo 24 de la nueva ley, el cual establece que: "(...). El juez guía la actuación probatoria con vista a los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal. Impide que esta se desnaturalice sancionando las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad."

(17) La discusión sobre si la oralidad es un principio o solo una característica puede ser interminable y presupone la adopción de otras consideraciones, entre ellas asumir la tesis de la autonomía del derecho Procesal del Trabajo (respecto del Derecho Procesal Civil) o la tesis de la interdependencia o especificidad. Estas ideas las he discutido en un trabajo anterior. Véase al respecto el capítulo 2, en especial el punto 2.3 (Paredes Palacios, 1997, 89-93). Allí concluía: "La visión unitaria del proceso no niega las particulares necesidades de cada tipo de proceso, como el laboral. En consecuencia, desde el Derecho Procesal cabe hablar de interdependencia de los tipos procesales, mientras que desde el Derecho Jurisdiccional hablamos de especificidad de procesos. La llamada autonomía del Derecho Procesal Laboral solo puede significar un apriorismo doctrinal inaceptable" (1997), 345.

(18) González Nieves sostiene: "(...), es de advertir que el artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, N° 29497, al hacer lacónica referencia a los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, confunde algunas peculiaridades con los principios o, dicho de otro modo, pretende elevar ciertas peculiaridades a la categoría de principios, lo que deviene en antitécnico. La propagandización (sic) y difusión de la nueva ley viene insistiendo más en la oralidad, que es un importante avance en nuestro país pero el lo no es lo medular" (2010), 76. Si bien concuerdo con el sentido de la crítica discrepo en cuanto asume que la oralidad es una peculiaridad del proceso laboral. La oralidad, prospectivamente, solo podría aparecer como una característica pero no como una peculiaridad porque no es una característica privativa (peculiar) del proceso laboral. Lo mismo cabe afirmar, por cierto, respecto de la inmediación, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

el dictamen con la propuesta final de la ley[19], presentada al Pleno del Congreso. El principio de oralidad estaba recogido en el artículo 24 del proyecto dentro del subcapítulo dedicado a la actividad probatoria, lo cual se justificaba en la perspectiva metodológica abordada en el anteproyecto y en el proyecto de ley. Algunos vieron en esta manera de enfocar la oralidad una lamentable omisión[20].

La Nueva Ley Procesal del Trabajo ha incorporado tanto la perspectiva dogmática como la metodológica. La primera la encontramos, claramente, en el artículo I del Título Preliminar. La segunda está volcada a lo largo de la ley, en especial, en el artículo 11 que regula las reglas de conducta en las audiencias, el artículo 12 sobre la prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias, el artículo 21 que exige concurrir a las audiencias con todos los medios probatorios, el artículo 24 que regula la forma de los interrogatorios, el artículo 25 sobre la declaración de parte, el artículo 26 sobre la declaración de testigos, el artículo 28 que regula la prueba pericial, el artículo 29 sobre las presunciones derivadas de la conducta de las partes, el artículo 33 que regula el procedimiento en apelación, el artículo 37 que establece el trámite del recurso de casación, el artículo 43 que regula la audiencia de conciliación en el proceso ordinario laboral, los artículos 44, 45, 46 y 47 que desarrollan la audiencia de juzgamiento en el proceso ordinario laboral y el artículo 49 que regula la audiencia única en el proceso abreviado laboral.

(19) El dictamen de la Comisión de Trabajo fue aprobado por unanimidad en sesión del 2 de diciembre de 2009. En ese momento recién se incorpora, en el título preliminar, la oralidad, la inmediación, la concentración, la celeridad, la economía procesal y la veracidad como principios del proceso laboral. Como se ha expuesto, el artículo 24 del proyecto ya los incluía como principios.

(20) Gamarra Vílchez lo cuenta de la siguiente manera:
"(...). Curiosamente, en el Título Preliminar [del proyecto de ley del Poder Ejecutivo] no reconocía ningún principio del proceso laboral. Esta lamentable omisión de los principios era muy grave, tanto que el Colegio de Abogados de Lima manifestó su desacuerdo señalando que el mencionado proyecto 'tiene una serie de omisiones (...), no menciona ningún principio del proceso laboral, lo que deja sin límite alguno al operador del derecho para que pueda interpretar la norma laboral conforme a su tendencia o mejor saber y entender, lo que conllevaría a la impredectibilidad de la administración de justicia'. Igualmente, algunos laboralistas, como Adolfo Ciudad, señalaron que 'abstenerse de su proclamación en el Título Preliminar de los principios procesales laborales, constituye una carencia de dirección, como un barco a la deriva; es no tener aquellos pilares donde descansen las paredes del gran edificio jurídico procesal'.
Finalmente, en el Texto Sustitutorio del Dictamen de la nueva Ley Procesal del Trabajo, producto del debate en la Comisión de Trabajo, para la aprobación en el Pleno del Congreso, se incorporaron en el Título Preliminar, artículo I, los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad" (Gamarra Vílchez, 2010, 54-55).
La referencia al pronunciamiento del Colegio de Abogados de Lima es el Oficio 112-2009- D-CAL, del 16 de noviembre de 2009, dirigido por el Decano al Presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso.

4. LA APUESTA POR UN SENTIDO FUERTE DE ORALIDAD

¿Qué significa (qué debe significar) entonces la oralidad?

La oralidad no significa solamente el uso de la palabra hablada como medio de comunicación en las audiencias (oralidad en sentido débil). Significa la necesidad de interacción entre los partícipes, en las audiencias, para actualizar las pretensiones, las defensas y los medios probatorios a fin de permitir, al juez, a su conclusión, la construcción del sustento fáctico-jurídico de su decisión (oralidad en sentido fuerte).

El sentido o significado fuerte de la oralidad se aprecia claramente en el diseño de las audiencias de conciliación y de juzgamiento (en el proceso ordinario laboral)[21] y en el de la audiencia única (en el proceso abreviado laboral)[22]. En ellos el valor de la oralidad está en su capacidad de actualización del conflicto.

Así por ejemplo, las pretensiones y las defensas vienen escritas en la demanda y la contestación, pero estas son actualizadas en el momento de las etapas de conciliación y de confrontación de posiciones: en la etapa de conciliación (donde son las partes las que tienen la posibilidad de dar solución a su conflicto total o parcialmente[23]); y en la etapa de confrontación de posiciones (donde "las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia"[24]).

La misma actualización ocurre con los medios probatorios ofrecidos en la demanda y la contestación: primero porque, independientemente de que un medio probatorio haya o no sido ofrecido, lo determinante para su actuación es que el medio probatorio esté presente en el momento de la audiencia[25] y, segundo, porque todos los medios probatorios se actúan libremente, allí, en la audiencia, por el juez[26]. Así, la oralidad involucra al juez en el conocimiento del

(21) El artículo 44 señala que la audiencia de juzgamiento concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia.

(22) La audiencia única concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia. Véase al respecto el artículo 49.

(23) El artículo 43.2 precisa: "El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente".

(24) Así, conforme al artículo 12.1.

(25) El segundo párrafo del artículo 21 señala: "Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados".

(26) Conforme al artículo 24: "El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida. (...). El juez guía la actuación probatoria con vista a los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal. Impide que esta se desnaturalice sancionando las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad".

caso a tal punto que es capaz de resolverlo al término de la audiencia. La oralidad es, entonces, útil porque imprime a la audiencia un valor agregado: el de generar en el juez la capacidad de resolver el conflicto inmediatamente después de su conclusión[27].

La oralidad tiene por tanto un significado mucho mayor al mero uso de la palabra hablada. Oralidad es, a su vez y por lo menos, inmediación, concentración, celeridad, economía procesal, veracidad, publicidad. Es inmediación porque la palabra hablada se produce, entre las partes, con y ante el juez. Es concentración porque permite reunir, en un momento, una serie de actos concatenados dirigidos a conocer la causa, dándole a la audiencia un valor agregado y no la de mera acumulación de actos (o actas) sin sentido. Es celeridad porque reduce el tiempo de resolución del conflicto. Es economía procesal porque simplifica las formas y los esfuerzos de las partes y el juez. Es veracidad porque procura, de mejor manera, acceder a la verdad de los hechos. Es publicidad porque visibiliza la actuación de las partes, los abogados y el juez reduciendo las posibilidades de corrupción y permitiendo más fácilmente el control ciudadano sobre la actuación jurisdiccional y el logro de los valores democráticos. Por tanto, habrá oralidad siempre que podamos predicar de un proceso estas características, independientemente de que las audiencias queden grabadas en audio y video. Estas herramientas, por cierto, ayudan a consolidar la oralidad pero no la constituyen.

5. HACIENDO VIGENTE LA ORALIDAD: ACTUAL, CONSTANTE, VIVA

¿Cómo la oralidad se hace vigente? La necesidad de interacción entre los partícipes, es decir, la oralidad en las audiencias, implica asumir una metodología de trabajo distinta a la del proceso escrito: en el planteamiento de la demanda y la defensa, en la presentación de los argumentos y en el ofrecimiento de los medios probatorios, en los recursos y, por cierto, en el modo de resolver la causa. Los argumentos largos e imprecisos así como los medios probatorios no enfocados en los hechos que configuran la hipótesis normativa juegan en contra del caso. La falta de preparación o desconocimiento del caso tendrá un peso gravitante en el resultado del proceso. Las deficiencias en el manejo de la audiencia dejará librado a la suerte la solución de la causa. La oralidad es una mejor herramienta, pero también es una herramienta más exigente para los abogados, las partes y el juez.

(27) En ese sentido, el primer párrafo del artículo 47: "Finalizada la actuación probatoria, los abogados presentan oralmente sus alegatos. Concluidos los alegatos, el juez, en forma inmediata o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, hace conocer a las partes el fallo de su sentencia. (...)."

Entendida la oralidad como ha sido expuesta la inmediación, la concentración, la celeridad, la economía procesal y la veracidad resultan implicadas en ella. El valor de estos conceptos no está en su individualidad sino en su interrelación.

Este es el sentido que tiene afirmar que el proceso laboral peruano se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. A partir de esto se explica el real contenido y propósito de las audiencias y, a su vez, se da las pautas de interpretación en la solución de situaciones particulares que se pueden presentar en algún momento en las audiencias. Manifestaciones de oralidad práctica son expuestas en la tercera parte de este documento.

PARTE II
LOS CONDICIONAMIENTOS NECESARIOS PARA PREDICAR ORALIDAD EN LOS PROCESOS LABORALES

1. LOS PRINCIPIOS Y VALORES DE LA ORALIDAD

Cappelletti, en su obra *El proceso civil en el Derecho comparado*, hace una cita de Whitehead que nos invita a preguntarnos sobre el sentido del proceso.

¿Para qué sirve el proceso? La respuesta de Whitehead es que el proceso debe servir para hacer valer el derecho de la parte que sostenga la causa más justa, no de la que sea más hábil o esté mejor posicionada. Dice Whitehead: "After all, the fruits of victory should go, not to the party with the better lawyer or the more diligent investigator, but to the party with the better cause [a fin de cuentas, los frutos de la victoria deberían corresponder, no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa]" (Cappelletti, 2006, 76)[28].

Tremenda afirmación esta que nos hace reflexionar sobre el sentido del proceso (su propósito, su *telos*) y su vinculación con el acceso a la justicia, es decir, al sistema jurídico. ¿De qué sirve tener un derecho si este no puede hacerse valer en juicio o si este puede ser postergado en homenaje a la mera formalidad o si este depende de la habilidad (o torpeza) de la defensa? Finalmente, ¿qué otro sentido tendría el proceso si no es hacer justicia en el sentido de brindar una solución imparcial como resultado de una participación procedimental en igualdad de capacidades?

Algo de ingenuidad o candidez hay en dicha propuesta pero ciertamente encierra un ideal de justicia que responde a los modos como se reparten en un sistema político las riquezas y el bienestar. Hay en esta propuesta una pregunta moral de fondo: ¿qué es hacer lo correcto en un proceso? ¿Quién merece ganar un juicio? ¿Cómo se atribuye o asigna un derecho?

Si la razón es la herramienta de la justicia para distribuir las riquezas y el bienestar, el proceso no debería ser entendido como un juego de póker o un campo minado abierto únicamente a un grupo de iniciados que, cual sumo sacerdotes, solo algunos conocen los secretos divinos. Así, el proceso ni es un juego de póker, ni es un campo de batalla donde gane quien tiene un as bajo la manga o

(28) WHITEHEAD, R. citado por BODIN, H.S. "Marshalling the evidence". En: *Selected writings on the law of evidence and trial* (edited by Fryer, W.T., St. Paul, Minn, 1957, p. 12).

quien espera que la defensa caiga en el foso de la ignorancia o la inexperiencia. Menos en un país donde el desconocimiento de los derechos de unos es razón de riqueza y triunfo de otros. Por lo menos no debería ser así para los jueces.

Si el proceso declarativo de derechos, por lo menos desde la mirada de los jueces, es un conjunto de razones y no de meras formalidades, la oralidad se presenta como la herramienta más eficiente para hacer viables y visibles tales razones[29]. Ello conduce a asumir necesariamente algunos principios y valores condicionantes para hacer actual, constante y viva dicha oralidad.

(29) Sobre la importancia de la razón en la búsqueda de justicia sostiene Amartya Sen: This particular scepticism of the reach of reasoning does not yield (...) any ground for not using reason to the extent one can, in pursuing the idea of justice or any other notion of social relevance, such as identity. Nor does it undermine the case for our trying to persuade each other to scrutinize our respective conclusions. It is also important to note that what may appear to others as clear examples of 'unreason' may not always be exactly that. Reasoned discussion can accommodate conflicting positions that may appear to others to be 'unreasoned' prejudice, without this being quite the case. There is no compulsion, as is sometimes assumed, to eliminated every reasoned alternative except exactly one.
[...]
(...). What matters most is the examination of what reasoning would demand for the pursuit of justice – allowing for the possibility that there may exist several different reasonable positions. That exercise is quite compatible with the possibility, even the certainty, that at a particular time not everyone is willing to undertake such scrutiny. Reasoning is central to the understan- ding of justice even in a world which contains much 'unreason'; indeed, it may be particularly important in such a world (2009), xviii-xix.
[Este particular escepticismo –sobre los alcances del razonamiento– no da ningún sustento para no usar la razón en toda su extensión, en la búsqueda de la idea de justicia o de cualquier otra noción de relevancia social, tal como la identidad. Tampoco pone en peligro nuestro intento de persuadir a los demás de examinar en detalle sus respectivas conclusiones. También es importante señalar que lo que puede parecer a los demás como un claro ejemplo de "irracionalidad" no siempre lo es. Una discusión razonada puede acomodar posiciones en conflicto lo cual puede parecer a otros un "irracional" perjuicio, sin que lo sea. No hay compulsión, como a veces se supone, en eliminar todas las alternativas excepto una.
[...]
(...). Lo más importante es el examen de qué tipo de razonamiento es el que se requiere en la búsqueda de la justicia, lo cual admite la posibilidad de que pueden existir varias posiciones razonables diferentes. Este ejercicio es compatible con la posibilidad, incluso la certeza, que en un momento determinado, no todos están dispuestos a realizar este escrutinio. El razonamiento es fundamental para la comprensión de la justicia, incluso en un mundo que contiene mucha "irracionalidad" y, de hecho, puede ser particularmente importante en un mundo así.] (Traducción libre).
Más adelante Sen sustenta la razón en la exigencia de objetividad a partir de un análisis de imparcialidad:
(...). What lies behind the case for relying on reasoning in making ethical judgements are, I would argue, also the demands of objectivity, and they call for a particular discipline of reasoning. The important role given to reasoning in this work relates to the need for objective reasoning in thinking about issues of justice and injustice.
[...].
The reasoning that is sought in analysing the requirements of justice will incorporate some basic demands of impartiality, which are integral parts of the idea of justice and injustice. (...). (Sen, 2009, 40-41, 42)
[(...). Lo que hay detrás del razonamiento en la toma de decisiones éticas son, en mi opinión, exigencias de objetividad, y estas exigen un modo particular de razonamiento. El importante rol que se le asigna al razonamiento en este trabajo se relaciona con la necesidad de una razón objetiva en el estudio de los problemas de la justicia y la injusticia.
[...].
El razonamiento que se requiere en el análisis de los requerimientos de la justicia incorpora algunas demandas básicas de imparcialidad, que son parte integral de la idea de la justicia y la injusticia.] (Traducción libre).

2. JUECES HÁBILES, INTELIGENTES Y HONESTOS

Uno de estos principios y valores condicionantes de una efectiva oralidad es contar con un cuerpo de jueces hábiles, inteligentes y honestos (Cappelletti, 2006, 60). De ahí que uno de los puntos sobre los cuales más se ha insistido en la reforma del proceso laboral peruano es la formación y capacitación de los jueces. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo[30] –recogido también en la exposición de motivos del dictamen que aprobó la ley– se hace expresa referencia a la impostergable necesidad de formar y capacitar a los jueces (y por supuesto también a los abogados, auxiliares, trabajadores, empleadores y demás usuarios de la justicia laboral). Esta capacitación general dirigida a los jueces debiese significar, de un lado, internalización del sistema oral y, de otro lado, especialización de la justicia laboral extendida también a los jueces de paz letrado (los jueces vecinales). De igual modo, el diseño de una currícula universitaria de derecho procesal del trabajo consonante con los nuevos elementos incorporados en el proyecto de ley; y, también, la asignación de labores de monitoreo de la reforma, a fin de evaluar el desenvolvimiento de la nueva justicia[31].

Estos principios y valores también supone contar con un juez que dirige y controla el proceso. No un juez autoritario que acalle o intimide a las partes, ni menos aun un juez **ausente**, sino un juez dialogante que expone razones y que no se refugia en las formalidades.

El papel del juez en el modelo oral de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es, por tanto, trascendente. No solo porque es quien dirige y controla las audiencias, sino porque es quien permitirá finalmente que la oralidad sea útil de cara a la solución de los conflictos.

(30) El Proyecto de Ley 3467/2009-PE, "Proyecto de Ley que Aprueba la Nueva Ley Procesal del Trabajo "fue presentado al Congreso de la República el 5 de setiembre de 2009.

(31) Estas labores de formación y capacitación, a su vez, deben ir acompañadas de un soporte de infraestructura a nivel informático y de bienes muebles e inmuebles. A nivel informático se hace referencia al desarrollo e implementación de software con alcance en los siguientes campos:
- Una red electrónica de notificaciones, a fin de que los usuarios y abogados puedan obtener una dirección electrónica controlada por el Poder Judicial que permita las notificaciones electrónicas de modo seguro.
- Una red de colaboración electrónica entre el Poder Judicial y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fin de permitir el envío de información de las planillas electrónicas.
- Una base de datos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema a fin de hacer viable el uso de los precedentes vinculantes por parte de los órganos jurisdiccionales laborales.
- Un programa de cálculo de los beneficios sociales ordinarios y de los intereses legales, de acceso público.
- El expediente electrónico, a fin de facilitar la tramitación de los procesos y dar un salto en el cuidado del medio ambiente.

Pero la importancia del rol protagónico del juez –recogida en el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar de la nueva ley[32]– no solo está pensada en clave de una oralidad práctica o metodológica, sino porque anuncia la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

Es interesante caer en la cuenta que la nueva ley procesal se adscribe, de modo expreso, a la idea del Estado Constitucional de Derecho. La nueva ley no es tributaria del Estado legislativo de derecho, ni menos aún, del legalismo. Así, el artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria anuncian el Estado Constitucional de Derecho como el modelo de Estado dentro del cual se dará solución a los conflictos y se reconocerán los derechos laborales.

En ese sentido, cabe recordar que en el Estado Constitucional de Derecho las normas son válidas no tanto por la formalidad de su creación sino por su compatibilidad con los principios constitucionales; donde el juez está sujeto solo a la Constitución, y a la ley solo en tanto esta sea compatible con aquella; donde la resolución del conflicto no se reduce a una mera aplicación de normas sino de valores políticos y éticos encarnados en los derechos fundamentales[33].

El rol de los jueces en el Estado Constitucional es trascendental porque son los garantes de los derechos. Gorki Gonzales sostiene:

> "El Estado Constitucional (...) supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político represen- tativas y las eventuales mayorías que las controlan: los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretar en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales (2009), 84-85".

(32) "Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros".

(33) Sobre el Estado Constitucional de Derecho, véase Häberle (2003). También Gil Domínguez (2005) quien presenta una perspectiva del Estado Constitucional desde el neoconstitucionalismo y el garantismo de Ferrajoli. Véase también Zagrebelsky (1999) quien resalta que "hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo [XIX]. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia (1999), 153".

3. LA IGUALDAD POR COMPENSACIÓN EN CLAVE DE ACCESO A LA JUSTICIA (AL SISTEMA JURÍDICO)

Alcanzar la igualdad real de las partes es otro valor sobre el cual la oralidad debe asentarse. La igualdad por compensación es el eje maestro del proceso laboral. "[Así], el derecho procesal del trabajo es un derecho elaborado totalmente en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia" (Couture, 1979, 276)[34]. No se trata de dar a toda costa la razón al trabajador sino de evitar –dirigiendo y controlando el proceso– que las desigualdades (sociales, económicas, culturales) sean un motivo para denegar justicia o perder la causa.

La idea de la igualdad por compensación pone a prueba el principio de imparcialidad pues pareciera negar una de las bases del proceso: la igualdad de armas. Así, se sostiene que un juez que actúa a favor de una de las partes, del modo que sea, rompe la imprescindible igualdad de armas que da sustento al proceso y que, por tanto, el juez siempre tiene que ser equidistante.

Pero este argumento esconde una falacia. Si entre las partes existen diferencias económicas, sociales, culturales e informativas, por ejemplo, salta a la vista que no se encuentran en igualdad de armas. La equidistancia, en un contexto así, es sinómimo de indiferencia y tributaria de una artificiosa igualdad. La equidistancia sería, por tanto, no una expresión de imparcialidad sino de una parcialización por omisión a favor de la parte mejor posicionada, es decir, se constituiría en una herramienta de consolidación de las diferencias y, por tanto, de injusticia. Como bien observa Aguiló:

> "(...). De nuevo [como en el tema de la independencia], el juez imparcial será el juez obediente al Derecho. En este sentido, es falsa la imagen de la imparcialidad como equidistancia entre las partes. El Derecho no exige al juez equidistancia entre violador y violada, entre acreedor y deudor moroso. El derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es el que incorpora los balances de intereses y valores que hace el Derecho, y estos no siempre se sitúan ni mucho menos en el punto medio.
>
> (...)
>
> Vista así, la imparcialidad (y sus dos vehículos procesales, la abstención y la recusación) trata(n) de proteger no solo el derecho de los

(34) Couture concluye su exposición sobre el Derecho Procesal del Trabajo del siguiente modo:
"Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses" (Couture, 1979, 288).

ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas. (...)" (1997), 77, 78.

Dicho esto vuelve sobre la mesa la pregunta sobre cuál es el propósito del proceso, cuál es su finalidad. Aquí un intento de respuesta.

Amartya Sen, en su *Idea de la Justicia*, sostiene que la universalidad de la inclusión es parte integral de la imparcialidad (entendida como igualdad). En efecto, si algunas personas quedan marginadas del mundo (jurídico) no hay igualdad y los pronunciamientos (preparados sobre dicha exclusión) no pueden ser calificados de imparciales en tanto solo toman en cuenta los intereses de los ya incluidos:

> "Can there be a satisfactory understanding of ethics in general and of justice in particular that confines its attention to some people and not others, presuming –if only implicitly– that some people are relevant while others simply are not? Contemporary moral and political philosophy has by and large gone in Mary Wollstonecraft's direction, in denying that possibility and demanding that everyone be seen as morally and politically relevant. (...). The universality of inclusion of the kind that Wollstonecraft demand is, in fact, an integral part of impartiality, (...)" (2009),11735[35].

Si todos las personas somos dignas de consideración y respeto corresponde afirmar que todas tenemos un derecho básico (fundamental) de igualdad aun cuando todos, como personas, no somos iguales. Las experiencias, la historia, la cultura, los antepasados, los prejuicios, los miedos, la religión, las creencias, en fin, las circunstancias de cada persona ponen de manifiesto las diferencias. Esas diferencias nos sitúan, relativamente, en ventaja o desventaja entre unos y otros. Son ventajas o desventajas por relación. Las circunstancias de las personas construyen una red de relaciones en la que uno se inserta en algún punto: más arriba o más abajo del poder político, económico, social, cultural, comunal y, también, laboral.

Esa diferente ubicación en la red social trae como consecuencia que las personas, en los distintos escenarios de interacción social (incluido el procesal), tengan diferentes capacidades para concretar sus objetivos o lograr sus realizaciones. Mis circunstancias me sitúan en una buena o una no tan buena oportunidad para hacer efectivas mis capacidades. Una mejor oportunidad me brindará una libertad más intensa para elegir y concretar mis metas, mis realizaciones.

(35) [¿Puede haber una explicación satisfactoria, ética en general y, de justicia en particular, que limite su atención en algunas personas y no en otras asumiendo, aunque sea implícitamente, que solo algunas personas son relevantes mientras que otras no lo son? La moral y la filosofía política contemporáneas van en la dirección de Mary Wollstonecraft negando tal posibilidad y demandando que cada persona sea vista, moral y políticamente, como relevante. (...). La universalidad de la inclusión del tipo demandado por Wollstonecraft es, en efecto, parte integral de la imparcialidad, (...).] (Traducción libre).

Esas oportunidades pueden estar negadas para algunos y, por tanto, el ejercicio de su libertad se reduce a una mera formalidad o es solo apariencia[36].

En el escenario procesal ocurre lo mismo. Las partes no están en igualdad de armas, sin embargo, el proceso debe permitir, entonces, que las partes tengan las mismas capacidades de actuación pues solo así el proceso será imparcial. La figura de la igualdad por compensación es la herramienta que el proceso puede utilizar para intentar, buscar y, tratar de lograr la igualdad de capacidades. Se trata, más bien, de un esfuerzo para evitar que la desigualdad de armas sea un elemento que incline el proceso desde su inicio. Digamos que el proceso nace inclinado y que, más bien, la igualdad por compensación busca equilibrarlo.

Para ello se requiere –como se ha expuesto– un cuerpo de jueces hábiles, inteligentes, honestos que controlen y dirijan el proceso. No un juez justiciero que solo se mueva por las emociones, sino un juez sensible a las diferencias que incorpore a su actuación los principios y valores del proceso laboral como medio de realización de las personas y sus derechos (laborales). Un juez imparcial que juzga con base en el Derecho y por las razones que el Derecho da (Aguiló Regla, 1997, 78). Un juez que actúa siempre con base en la razón. Así, la confianza del proceso está en las razones expuestas y no en las habilidades o en la ignorancia de las partes. Solo así se puede, además, construir democracia que signifique respeto a las personas y sus derechos y, de ese modo, reducir los casos de injusticia[37] que afectan a nuestro mundo[38].

(36) Michael Sandel presenta la siguiente metáfora para distinguir entre la igualdad formal y la igualdad real: Those who have supportive families and a good education have obvious advantages over those who do not. Allowing everyone to enter the race is a good thing. But if the runners start from different starting points, the race is hardly fair. That is why, Rawls argues, the distribution of income and wealth that results from a free market with formal equality of opportunity cannot be considered just. (...) (2009), 153.
[Quienes tienen familias de apoyo y una buena educación tienen evidentes ventajas sobre aquellos que no. Permitir a todos entrar en la carrera es una cosa buena. Pero si los corredores parten desde diferentes puntos, la carrera no es justa. Por eso, sostiene Rawls, la distribución del ingreso y la riqueza derivada de un libre mercado con igualdad formal de oportunidades no puede ser considerada justa. (...).] (Traducción libre)

(37) Sobre los fines de la justicia escribe Michael Sandel:
(...). A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choise. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create a public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise (2009), 261.
[Una sociedad justa no puede lograrse simplemente mediante la maximización de la utilidad o garantizando la libre elección. Para lograr una sociedad justa tenemos que razonar juntos sobre el significado de la buena vida, y crear una cultura pública hospitalaria a los desacuerdos que inevitablemente surgirán.] (Traducción libre).

(38) Como sostiene Amartya Sen vivir en democracia no es solo contar con una estructura institucional perfecta sino también, y tal vez sobre todo, depende de nuestras conductas:
The success of democracy is not merely a matter of having the most perfect institutional structure that we can think of. It depends inescapably on our actual behaviour patterns and the working of political and social interactions (Sen, 2009, 354).
[El éxito de la democracia no es simplemente una cuestión de tener la estructura institucional más perfecta que podamos imaginar. Depende ineludiblemente de nuestros patrones de comportamiento real y de cómo funcionan las interacciones políticas y sociales.] (Traducción libre).

Si el derecho no es neutro –y el proceso tampoco– la función jurisdiccional (juez y proceso) es también un mecanismo para la realización de la libertad sobre la cual se asienta el sistema político de las democracias[39] . La preocupación, en términos de Sen, no está en pensar en grandes teorías sobre qué es lo justo, sino, en pensar cómo lograr, cada día, un mundo con menos injusticias[40] . El reto –tal vez ingenuo– es impulsar nuestras vidas hacia una sociedad más imparcial, más libre, más igualitaria, más justa; o dicho de otro modo, una sociedad más democrática (más tolerante, más respetuosa, más cívica, más honesta, más responsable) con vigencia de los derechos humanos que permita, por tanto, acceder (a todos) al sistema jurídico.

4. SIMPLICIDAD E INFORMALIDAD

Otros condicimientos de la oralidad son la simplicidad y la informalidad del proceso. Que el proceso laboral sea simple significa que está constituido por pocos actos procesales, donde se privilegia las decisiones judiciales en las audiencias que "son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez[41]". Entran a tallar aquí los principios de concentración, celeridad y economía

(39) Una interesante reflexión, sobre la libertad en el lugar de trabajo, que pone de manifiesto que el derecho no es neutro en tanto expresa valoraciones éticas nos la presenta
Michael Sandel en los siguientes términos:
(...). Consider a repetitive, dangerous job, such as working long hours on an assembly line in a chicken processing plant. Is this form of labor just or inJust?
For the libertarian, the answer would depend on whether the workers
had freely exchanged their labor for a wage: if they did, the work is just. For Rawls, the arrangement would be just only if the free exchange of labor took place against fair background conditions. For Aristotle, even consent against fair background conditions is not sufficient; for the work to be just, it has to be suited to the nature of the workers who perform it. Some jobs fail this test. They are so dangerous, repetitive, and deadening as to be unfit for human beings. In those cases, justice requires that the work be reorganized to accord with our nature. Otherwise, the job is unjust in the same way that slavery is (2009), 203.
[(...). Considere la posibilidad de un trabajo repetitivo y peligroso, como trabajar largas horas en una línea de ensamblaje en una planta procesadora de pollos. ¿Es esta forma de trabajo justa o injusta?
Para el liberalismo, la respuesta dependerá de si los trabajadores han intercambiado libremente su trabajo por un salario: si así lo hicieron, el trabajo es justo. Para Rawls, el acuerdo solo sería justo si el libre intercambio de mano de obra se produce a cambio de condiciones de trabajo adecuada. Para Aristóteles, ni siquiera el consentimiento a cambio de condiciones de trabajo adecuadas es suficiente; para que el trabajo sea justo, tiene que guardar relación con la naturaleza de los trabajadores que lo realizan. Algunos trabajos no superan esta prueba. Hay trabajos tan peligrosos, repetitivos y denigrantes que no son aptos para los seres humanos. En esos casos, la justicia exige que tales trabajos se reorganicen para estar en correspondencia con la naturaleza del hombre. De lo contrario, un trabajo así es injusto de la misma manera que la esclavitud lo es.] (Traducción libre).

(40) Sen expresa este modo de explorar la justicia en el prefacio de su obra *La idea de la justicia*: What is presented here is a theory of justice in a very broad sense. Its aim is to clarify how we can proceed to address questions of enhancing justice and removing injustice, rather than to offer resolutions of questions about the nature of perfect justice. (...) (2009), ix
[Lo que se presenta aquí es una teoría de la justicia en un sentido muy amplio. Su objetivo es aclarar la forma en que se puede hacer frente a las preguntas sobre la mejora de la justicia y la eliminación de la injusticia, en lugar de ofrecer respuestas sobre la naturaleza de la justicia perfecta.] (Traducción libre).

(41) Artículo 12.1 de la NLPT

procesal. También significa que se postergan los cuestionamientos a las decisiones judiciales dictadas en audiencia al momento de la impugnación de la sentencia, eliminándose así las articulaciones que, de otro modo, podrían aparecer antes de esta. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 31: "La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes (...)".

De otro lado, la idea de informalidad viene recogida en el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Conforme a este "En todo proceso laboral los jueces (...) privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, (...)" y, asimismo, "[los jueces] tienen un rol protagónico en el desarrol lo e impulso del proceso." El privilegio del fondo sobre la forma debe impulsar al juez a analizar los requisitos formales desde el bien jurídico que tales formas garantizan, y no por simple homenaje a estas.

Así, la exigencia del documento de identidad en, por ejemplo, un contexto de trabajo forzoso (caracterizado por la privación de tales documentos) debiera ser preterido y debiese darse paso al proceso en tanto el juez puede, por otras vías, asegurar la identidad del justiciable. Lo contrario sería equivalente a denegar justicia precisamente en uno de los supuestos más reprochables de nuestra sociedad.

La informalidad del proceso laboral se soporta en los principios de suplencia de la queja deficiente y en el *iura novit curia*, así como en las facultades del juez de dirigir y controlar el proceso.

Permítasenos algunas ideas adicionales en torno al principio de **suplencia de la queja deficiente**. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia[42] una categorización de actos procesales viciados –susceptibles, o no, de ser suplidos o subsanados–, los cuales ha clasificado en actos defectuosos, actos inválidos y, actos nulos.

Son actos defectuosos "aquellos que se realizan sin que concurran todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad, pero que no generan afectación de principios o de derechos procesales constitucionales de relevancia y, por ese hecho, son inocuos". Son actos inválidos "aquellos que se realizan incumpliendo los requisitos y condiciones que la ley prevé, dando lugar, a su vez, a la afectación de derechos o principios constitucionales, pero que, sin embargo, pueden ser subsanados o reparados por sí mismos, o eventualmente por medio de la intervención del juez". Finalmente, son actos nulos "aquellos que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados".

(42) Fundamento 4 de la STC 00569-2003-AC/TC, publicada el 11 de abril de 2004.

La nulidad está vinculada a la idea de existencia de una deficiencia o error en los actos procesales. El tema a resolver es sobre las implicancias de dicha deficiencia: ¿prima la forma sobre el fondo[43]?, ¿puede el juez laboral suplir los actos procesales viciados?, ¿cuáles son, en todo caso, los límites de la suplencia?

La aplicación de estos criterios lleva a aceptar plenamente en la lógica del proceso laboral los criterios de los actos viciados desarrollados por el Tribunal Constitucional.

Así tenemos que un acto defectuoso, en tanto no lesiona ningún derecho procesal de relevancia, no tiene la fuerza suficiente para generar la nulidad del acto. Son por tanto actos irregulares que, sin embargo, no deberían generar mayor contratiempo en el desarrollo del proceso. Podrían, por cierto, ser subsanados o suplidos; pero nunca deberían ser usados para denegar justicia bajo el argumento de la falta de subsanación oportuna. Menos aún en una lógica procesal oral donde, en la audiencia, se puede lograr el correcto entendimiento e incluso perfeccionamiento del acto. Piénsese, por ejemplo, en la omisión –en la demanda o contestación– del requisito de indicar la finalidad de cada medio probatorio ofrecido. Podría generar una inadmisión de la demanda pues, en estricto, falta un requisito; pero ese requisito no es vulneratorio de ningún principio o derecho procesal relevante puesto que será en la etapa de actuación probatoria donde el juez decidirá, o no, la inclusión del medio probatorio ofrecido, momento donde podrá la parte, a requerimiento del juez, precisar la finalidad del mismo.

Un acto inválido es aquel que si bien vulnera un principio o derecho procesal relevante puede, sin embargo, ser subsanado (por las partes) o suplido (por el juez) según corresponda. El norte en el nuevo proceso laboral es que los requisitos y presupuestos procesales deben ser interpretados a favor de la continuidad del proceso, es decir, de un lado, debe permitirse una subsanación amplia de los actos viciados teniendo como clave principal el respeto del debido proceso y, de otro lado, debe el juez, en buena medida, suplir las deficiencias del acto siempre que ello signifique "evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrol lo o resultado del proceso".

Finalmente, el acto es nulo cuando teniendo un vicio no es posible subsanarlo ni suplirlo, siendo que el vicio afecta gravemente un principio o derecho procesal relevante. Así, la sentencia expedida sin citación del demandado es nula porque cualquier subsanación implicaría dejar de lado todo lo hecho hasta el punto de la citación al demandado (habría que rehacer todo) y porque no hacerlo así sería vulnerar irremediablemente el derecho de defensa del emplazado. No hay, por tanto, nada que convalidar ya sea por subsanación o por suplencia: el acto es sencillamente nulo.

(43) Por fondo entiéndase los aspectos sustanciales puestos a juicio.

Unas palabras adicionales sobre la posibilidad de la suplencia. La suplencia de la queja deficiente está impulsada por la idea de prevalencia del fondo sobre la forma. Dice el Tribunal Constitucional que las formas no pueden estar por encima del derecho sustancial[44]. El mero formalismo no es suficiente razón para dejar de lado la tutela de un derecho, salvo que sea en su homenaje.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo contiene cuatro reglas vinculadas a la nulidad de los actos procesales.

En el artículo 7.1 establece un supuesto de nulidad absoluta relativo a la competencia del juez. Allí dice que:

> "(...) el juez, en cualquier estado y grado del proceso, declara, de oficio, la nulidad de lo actuado y la remisión al órgano jurisdiccional competente si determina su incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, función o territorio no prorrogado".

Lo interesante de la regulación es que la nulidad así declarada no determina la conclusión del proceso sino su "remisión al órgano jurisdiccional competente".

Luego, en los artículos 21 y 22 establece dos reglas a partir de las cuales no debe producirse la nulidad de la sentencia, pero no la evita pues un órgano jurisdiccional podría, a pesar de ellas, declarar la nulidad de la sentencia. Así, en el artículo 21, *in fine*, señala que la presentación extemporánea[45] de los medios probatorios no provoca, en ningún caso, la nulidad de la sentencia apelada. Lo que la ley quiere prohibir es la presentación de medios probatorios en segunda instancia. Pero, como no puede prohibirlo porque las partes son libres de actuar según su criterio (independientemente de que su conducta pueda ser pasible de alguna sanción), lo que hace la ley, en lugar de ello, es prohibir a los órganos de revisión utilizar el argumento de los medios probatorios extemporáneos en su decisión de fondo o para declarar la nulidad de la sentencia apelada. Sin embargo, a pesar de lo dicho un reto para la jurisprudencia será aquel caso excepcional en el que la prueba determinante de la suerte del mismo sea presentada, no de mala fe, encontrándose la causa en segunda instancia o en casación: ¿debe privilegiarse la forma o la búsqueda de la verdad?

Algo similar ocurre en el artículo 22. Este dice que el argumento de la falta de uso de la prueba de oficio no puede ser utilizado en casación invocándolo por la parte; pero tampoco puede ser usado ya sea por la corte de casación o por la corte de apelación como argumento de nulidad de la sentencia.

Finalmente, los artículos 36 y 39 regulan los efectos del pedido anulatorio (y revocatorio) en el recurso de casación. Dice el artículo 39:

(44) Véase el fundamento 14 de la STC 00569-2003-AC/TC.
(45) Es decir, después de la etapa de actuación probatoria.

"En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fal lo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió".

5. BÚSQUEDA DE LA VERDAD, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La verdad (la búsqueda de la verdad) que abre paso a la primacía de la realidad y a la prueba en general es también otro valor que debe ser asumido en el sistema oral. El juez en contacto directo con el material probatorio, las partes y sus abogados está en mejores posibilidades de averiguar la verdad de los hechos puestos a su conocimiento. Ninguna declaración judicial sería justa si esta no se asienta en un análisis razonado de los medios probatorios. La imprescindible justificación fáctica de la decisión del juez es garantía de haber alcanzado, lo humanamente posible, la verdad de los hechos.

Desde otro punto de vista, la verdad se ve facilitada mediante la oralidad por la publicidad y transparencia que esta provoca. La oralidad hace saltar a la vista la calidad de los argumentos y pone a prueba la solidez de las defensas. Mientras que la escritura oculta y diluye en la frondosidad de los documentos los fundamentos de las defensas, la oralidad tiene la virtud de hacerlos visibles y de perennizarlos, en su caso, en audio y video. Así, las posibilidades de una defensa artificiosa se reducen notablemente. De otro lado, la oralidad permite un mejor control de los casos de corrupción y parcialización del juez. Los controles público y del propio cuerpo de jueces son más eficaces en el sistema oral. Nótese que la oralidad, conjugada con la publicidad del proceso, contribuyen a la legitimación de los jueces en la sociedad, pero también, juega a favor (o en contra) de la legitimidad (o prestigio) de las partes y sus abogados en tanto sus conductas se encuentren ajustadas o alejadas a las reglas de colaboración y buena fe.

6. PREPARACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LAS AUDIENCIAS

La oralidad es también preparación y participación en las audiencias. Desde esta perspectiva la oralidad supone un modo de comunicación que no invo- lucra solo la palabra sino los gestos, las pausas, las actitudes; es decir, una forma de argumentar distinta a la argumentación escrita. Esta puede ser una mirada novedosa pero de suyo importante. En la audiencia, las partes, los abogados y el juez actúan. Actúan sus roles. De ahí que se espere que esta resulte convincente, persuasiva. Este es un valor importante porque concreta la misión de comunicar los argumentos del caso, tanto para defenderlo como para atacarlo, pero a su vez, para resolverlo.

PARTE III
MANIFESTACIONES PRÁCTICAS DE ORALIDAD EN EL DESARROLLO DE LAS AUDIENCIAS

En esta parte vamos a presentar cinco momentos de prácticas orales en las audiencias. Son cinco momentos en los que se **habla** y, por tanto, denotarían oralidad. Pero si, como hemos visto, la oralidad no se agota en hablar hay, entonces, necesidad de averiguar **para qué se habla** y, de ese modo, darle un sentido práctico al acto de hablar. Ese sentido práctico debe buscarse en los fines que se persiguen en cada uno de esos momentos procesales. Fines que, al cabo, deben ser pensados en clave de acceso a la justicia.

Los cinco momentos que pasamos a estudiar corresponden a las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia.

1. CONCILIACIÓN

Vamos a analizar la etapa de conciliación a partir de dos componentes: el método y el contenido del acuerdo.

La conciliación es un método (un espacio y un conjunto de técnicas) para mejorar la comunicación entre las partes y ayudarles a encontrar una solución a su conflicto: llegar a un acuerdo. El juez conciliador puede sugerir alternativas de solución pero son las partes las que toman el acuerdo.

Desde el componente del método el modelo, de Harvard se enfoca en la facilitación de la comunicación y el acuerdo. El modelo circular-narrativo busca transformar las historias conflictivas en historias de respeto y aceptación para facilitar el acuerdo. La Nueva Ley Procesal del Trabajo no toma partido por ningún modelo en particular pero sí tiene interés en que se llegue a un acuerdo. No en vano señala que el juez "participa activamente a fin de que [las partes] solucionen sus diferencias total o parcialmente[46]" y que esta "puede prolongarse lo necesario hasta que se dé por agotada, pudiendo incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor de un (1) mes"[47].

En consecuencia, la conciliación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo no es un obstáculo o una etapa previa (menor o incluso innecesaria) para llegar al juzgamiento, sino que está pensada para ser el momento en que la mayoría de los conflictos se solucionen por acuerdo de las partes. Hay, en ese sentido,

(46) Artículo 43.2, primer párrafo.
(47) Artículo 43.2, segundo párrafo.

una apuesta fuerte por la conciliación para ser el primer método de solución del conflicto. La participación activa del juez es, por lo tanto, decisiva para el logro de esta finalidad.

Ahora bien, el método de la conciliación debe ser claramente diferenciado del método jurisdiccional. En la conciliación la solución del conflicto está en el acuerdo. Es el acuerdo (de las partes) lo que logra la solución del conflicto. En el método jurisdiccional el conflicto se soluciona aplicando derecho. Es la aplicación del derecho (por el juez) lo que soluciona el conflicto.

Comprender esta diferencia es clave: el juez conciliador no aplica de derecho sino que acerca a las partes para que sean ellas las que pongan fin al conflicto. Esta es la razón por la cual el juez conciliador enfrenta esta etapa sin que exista contestación, y aun podría ser sin demanda. Ni tampoco, con pruebas. El hecho que el juez conciliador sea un profesional de la aplicación del derecho no debería significar desconocer el método profundamente distinto que es la conciliación. Esta diferencia no es fácilmente percibida cuando se aborda la conciliación queriendo conocer las pruebas y los fundamentos fácticos y jurídicos de la causa. La oralidad, en la conciliación, no tiene como finalidad que el juez aplique derecho, sino que el juez acerque a las partes para lograr un acuerdo.

Esta reflexión nos lleva al segundo componente: el contenido del acuerdo. ¿Es válido cualquier acuerdo al que lleguen las partes? ¿Sobre qué aspectos las partes pueden llegar a un acuerdo? ¿Cuáles son los límites del acuerdo?

Las respuestas, por cierto, no son fáciles y, eventualmente nos conducen a un punto sin salida. Para intentar una respuesta vamos a utilizar dos argumentos que se encuentran contrapuestos: el derecho de acción y el principio de irrenunciabilidad.

El derecho de acción nos remite a la idea de "yo soy dueño de mis conflictos y les doy la solución que más satisface a mis intereses". Por el contrario, el principio de irrenunciabilidad nos dirá que aun cuando uno quiera desprenderse de sus derechos, razones de orden público lo impiden, aun contra la voluntad de uno. La respuesta a las preguntas formuladas dependerá del grado de acento que se ponga, ya sea al derecho de acción o al principio de irrenunciabilidad. De algún modo, el acento que se ponga en uno resentirá al otro. Cabe advertir que si todo el acento se pone al principio de irrenunciabilidad, la conciliación tendría que ser descartada como método. Evidentemente, por lo expuesto en la primera parte, esa no es la opción de la Nueva Ley Procesa del Trabajo. Hay, por lo tanto, que buscar un equilibrio entre el derecho de acción (que dé espacio a la conciliación) y el principio de irrenunciabilidad (que permita al juez controlar los acuerdos).

Una reflexión adicional sobre esto desde la mirada de los conflictos: en una sociedad no todos los incumplimientos, ni siquiera los más atroces, se traducen

en un proceso judicial ni menos necesariamente, en una decisión jurisdiccional favorable. En ese sentido, la conciliación aparece como una buena oportunidad para que las propias partes le den solución. Esto obliga a que el método de la conciliación y su producto (el acuerdo) esté imbuido de algunas garantías: que el acuerdo sea libre (adoptado por el propio interesado), informado (con intervención del abogado) y de buena fe[48].

Ahora bien, retomando el contenido del acuerdo podemos diferenciar en él dos aspectos: los hechos y el derecho que acoge. ¿Pueden las partes ponerse de acuerdo sobre los hechos? Si nos atenemos que en la propia mecánica procesal se recurre a la categoría de los hechos admitidos (aquellos sobre los cuales hay coincidencia de las partes), la respuesta es afirmativa. Fijados los hechos, el derecho aplicable cae por sí solo. Respecto de ello las partes podrían ponerse de acuerdo, pero el juez siempre podrá controlar mediante la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

Finalmente, en el caso que no se arribe a un acuerdo la conciliación, desde la mirada de la oralidad, puede significar también un espacio de saneamiento del proceso de cara a la etapa de juzgamiento, sobre todo en lo que a la precisión de las pretensiones respecta.

2. CONFRONTACIÓN DE POSICIONES

La etapa de confrontación de posiciones marca el inicio del juzgamiento, tanto en el proceso ordinario laboral (empezando la audiencia de juzgamiento[49]) como en el abreviado (a continuación de la etapa de concilliación[50]).

Para analizar la etapa de confrontación de posiciones es necesario tener en cuenta dos ideas: la prevalencia de las exposiciones orales sobre las escritas "sobre las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia[51]", y la naturaleza de las audiencias que "son sustancialmente un debate oral de posiciones[52]".

Conforme al artículo 45 la etapa de confrontación de posiciones consiste, empezando la parte demandante, en la "exposición oral de las pretensiones demandadas y de los fundamentos de hecho que las sustentan" y, a continuación, "el demandado hace una breve exposición oral de los hechos que, por razones procesales o de fondo, contradicen la demanda".

(48) Esta idea está recogida en el artículo 30 bajo la figura del test de disponibilidad de derechos; y en las reglas de conducta y temeridad o mala fe procesal de los artículos 11 y 15, respectivamente.
(49) Artículo 44.
(50) Artículo 49.
(51) Artículo 12.
(52) Idea también consignada en el artículo 12.

Cabe suponer que, en la generalidad de los casos, tales exposiciones orales serán una repetición resumida de los escritos de demanda y contestación. Su utilidad se circunscribirá a hacer presente lo demandado y lo defendido ya puesto por escrito. Si es así, en verdad, tal utilidad pasaría a un plano menor, acaso intrascendente, porque todo ello ya está escrito. El riesgo de esto es que, al cabo de algún tiempo, se empiece a prescindir de esta etapa; es decir, se torne innecesaria por su escasa o nula utilidad.

Pero esta etapa no está pensada para ser una repetición de lo escrito, sino para actualizar el conflicto, es decir, precisar, ante el juez, las pretensiones y las defensas. El día de la audiencia debe ser visto como la gran oportunidad que nos da el sistema jurídico para presentar la causa (pretensiones y defensas) ante nuestro juez.

Si el norte es la prevalencia de lo oral y el debate de posiciones es perfectamente previsible que lo oral no coincida, matemáticamente, con lo escrito. El reto al que nos enfrentamos es, entonces, qué y cómo hacer en los casos en que, por poco o mucho, se presente una divergencia entre lo escrito (en la demanda y en la contestación) y las exposiciones orales.

Las situaciones de divergencia podrían ocurrir, por ejemplo, al precisar las pretensiones y las defensas escritas, al adicionarse fundamentos de hecho o de derecho, al incorporarse nuevas defensas (nulidades, excepciones), en caso de intervención de un tercero o un litisconsorte, o si se modifica la demanda.

¿Qué debiera resolver un juez si, por ejemplo, el demandante modifica sus pretensiones? ¿Es posible modificar la demanda en el momento de la audiencia de juzgamiento o en la audiencia única?[53]. Las ideas de prevalencia de lo oral, el debate de posiciones, el expreso reconocimiento de los principios de celeridad y economía procesal, aunado a las facultades del juez de dirección y control, dentro de la idea mayor de acceso a la justicia, permite concluir que sí. ¿Pero cómo? Una primera respuesta es que la demanda no puede modificarse, pero ello significaría dejar de lado o reducir sustancialmente la regla de la prevalencia de lo oral sobre lo escrito. Una segunda respuesta es que la demanda sí puede modificarse, incluso encontrándonos en la etapa de confrontación de posiciones, lo cual abre dos posibilidades: que la modificación se haga reduciendo pretensiones (respecto de las contenidas en la demanda) o que se haga ampliando

(53) Esta idea, que podría parecer extraña y sin sentido, estaba presente en la regulación del proceso laboral peruano del Decreto Supremo 003-80-TR. El último párrafo del artículo 28 disponía lo siguiente:
"Las variaciones de la demanda darán lugar a la suspensión de esta diligencia, debiendo el juez en el acto citar nuevamente a comparendo de conformidad con los artículos 21 y 22" [sobre el modo de citar a comparendo].

las pretensiones. En el primer caso no se afecta el derecho de defensa del demandado sino que, en cierto modo, lo beneficia pues se reducen los reclamos. Los principios de celeridad y economía procesal nos llevarían a aceptar esta posibilidad sin mayor alteración del procedimiento. En el segundo caso sí se afecta el derecho de defensa del demandado pues la contestación no podría haber previsto la modificación planteada, ante lo cual cabe dos soluciones: primera, no permitir la modificación, forzar a que el demandante plantee una nueva demanda y continuar con la tramitación de la causa sin ninguna alteración[54], o; segunda, permitir la modificación pero, a su vez, disponer la actualización de los actos de defensa del demandado, suspendiendo la tramitación de la causa hasta su renovación, citando a una nueva audiencia única o de juzgamiento[55]. Los principios de celeridad, economía procesal, preferencia del fondo sobre la forma, preferencia por la continuidad del proceso, razonabilidad, respaldan esta opción pero, sobre todo, respaldan este modo de enfocar la oralidad desde un sentido fuerte. Repárese en que, la aplicación supletoria del Código Procesal Civil que permite modificar la demanda hasta antes de que esta sea notificada al demandado[56], desnaturalizaría el proceso laboral al tornar inútil la etapa de confrontación de posiciones de las audiencias.

Cabe advertir que estas posibilidades de divergencia vuelve útil y eficiente a la etapa de confrontación de posiciones y, de otro lado, es el puente para el paso a la etapa de actuación probatoria.

3. ACTUACIÓN PROBATORIA

La mayor dosis de oralidad viene dada en la actuación probatoria. Es más, podría pensarse que solo hay oralidad en la actuación probatoria, pero ello sería reducirla a solo uno de los espacios de las audiencias, lo cual estaría contradicho por las ideas de prevalencia de la oralidad y de debate de posiciones.

No vamos a insistir en las bondades de la oralidad en la prueba de los testigos, la pericia o la declaración de parte. Vamos a centrar nuestro análisis en dos tópicos: el ofrecimiento de los medios probatorios y la mecánica de la actuación probatoria descrita en el artículo 46 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Adicionalmente, diremos algo sobre las presunciones (legales y simples).

(54) Esta solución, por cierto, pone irremediablemente de manifiesto que, la audiencia, solo serviría para repetir o recitar lo escrito y, por tanto, que esta es, en la práctica, (casi) inútil.

(55) El citado artículo 28 del Decreto Supremo N° 003-80-TR nos dice que esta alternativa no es extraña, sino que es la que mejor se ajusta a la idea de acceso a la justicia: permitir que las pretensiones tengan una solución eficiente.

(56) Así según el primer párrafo del artículo 428.

3.1. Ofrecimiento de los medios de prueba

Por regla los medios de prueba se ofrecen en la demanda y en la contestación. Por excepción, en la audiencia única o en la de juzgamiento (antes de la actuación probatoria) siempre y cuando los medios probatorios se refieran a **hechos nuevos**, o estos hubiesen sido **conocidos u obtenidos con posterioridad** a la demanda o contestación. Adicionalmente existe una condición: concurrir a la audiencia con todos "sus" testigos, peritos y documentos que en dicho momento corresponda **ofrecer** (los medios de prueba relativos a hechos nuevos y aquellos conocidos u obtenidos con posterioridad), *exhibir* (si media un mandato o solicitud de exhibición) o **hacer valer** (respecto a las cuestiones probatorias). en otras palabras, de nada vale ofrecer medios probatorios si estos no están físicamente presentes en el momento de la actuación probatoria.

Si bien la ley señala que los medios probatorios se ofrecen en la demanda y en la contestación, también permite que se ofrezcan al inicio de la etapa de actuación probatoria si estos hacen referencia a hechos nuevos o si aquellos han sido conocidos u obtenidos después de la demanda y la contestación. Los medios probatorios sobre hechos nuevos serían fáciles de reconocer porque el hecho habría de ocurrir justamente después de demandarse o contestarse la demanda. ¿Pero cómo se demuestra que el medio probatorio que se quiere hacer valer (referido a un hecho ocurrido antes de la demanda o contestación) ha sido conocido u obtenido con posterioridad? ¿Tendría que probarse adicionalmente que, en efecto, ha sido conocido u obtenido con posterioridad? Si la repuesta es afirmativa, esta posibilidad sería casi impracticable, reducida solo a los casos en los que haya una prueba del conocimiento o de la obtención posterior. En un sentido práctico y apoyado en los principios de buena fe y veracidad, la respuesta sería más bien la contraria: no existe necesidad de una probanza sobre el conocimiento u obtención posterior, sino que basta el dicho de quien así los ofrece. Ahora bien, el hecho que se permita ofrecer medios probatorios al inicio de la etapa probatoria bajo el argumento de que han sido conocidos u obtenidos con posterioridad no significa que tales medios tengan que ser admitidos, sino únicamente que el juez deberá considerarlos, previo traslado a la otra parte, en el momento que decide la admisión de los medios de prueba. De otro lado, el hecho que se permita este momento para el ofrecimiento de pruebas no debe estar desconectado de la posibilidad de sancionar los actos de temeridad o mala fe procesales si el juez advierte que esto solo constituye una maniobra dilatoria que ocurrirá, por ejemplo, cuando el medio proatorio así ofrecido no tiene vinculación con los hechos necesitados de actuación probatoria. Esta oportunidad de ofrecimiento de medios probatorios debería estar reservada para aquellos casos en que el nuevo medio de prueba es, en potencia, capaz de cambiar la suerte del proceso, como podría ocurrir cuando se encuentra el documento de atribución de responsabilidad del daño o el documento de pago del derecho a reclamo, o se ubica al testigo clave de la infracción puesta a juicio.

Una situación similar ocurrirá también si el medio de prueba es presentado, ya no al inicio de la actuación probatoria, sino, por ejemplo, encontrándose la causa en apelación o casación. La Nueva Ley Procesal del Trabajo señala que, en estos casos, tal ofrecimiento no genera la nulidad de la sentencia apelada, ni puede servir de fundamento de la sentencia. Estamos de acuerdo tratándose de cualquier medio probatorio no determinante en la suerte del proceso; sin embargo, ¿qué pasa si dicho medio de prueba es, potencialmente, capaz de girar la suerte del proceso? En estos raros casos, bajo el amparo del principio de veracidad, debería permitirse su incorporación, previo descargo de la otra parte.

3.2. Mecánica de la actuación probatoria

El artículo 46 describe la forma de llevarse a cabo la etapa de actuación probatoria. Esta puede sintetizarse en los siguientes pasos: primero, determinación de los hechos que no necesitan de actuación probatoria; segundo, determinación de los hechos que sí necesitan de actuación probatoria; tercero, admisión de los medios probatorios únicamente respecto de los hechos necesitados de prueba; cuarto, proposición de cuestiones probatorias (circunscritas a los medios probatorios admitidos); y quinto, actuación de los medios probatorios admitidos[57].

Un concepto clave en el desarrollo de esta etapa es el de necesidad de prueba o *thema probandum*. ¿Cuáles son los hechos, necesitados y no necesitados, de actuación probatoria? Dicho de otro modo, ¿cuáles son los hechos relevantes en una determinada causa?

Una primera respuesta sería aquella según la cual son hechos relevantes en una causa todos los hechos narrados en la demanda y en la contestación. Es decir, un sinfín de hechos. Cada línea, cada párrafo de una demanda o contestación podría contener uno o más hechos. El problema con esto es que provoca dispersión, consume gran energía y es escásamente útil.

Una segunda respuesta sería aquella según la cual los hechos relevantes no son los hechos narrados por las partes, sino los hechos contenidos en la hipótesis de incidencia de la norma que da solución al conflicto. Los hechos relevantes no son los hechos concretos, sino los hechos en abstracto de la norma con la que el juez decide. Son los medios probatorios concretos los que se tienen que reconducir a los hechos descritos en la hipótesis de incidencia normativa.

Este no es otro que el concepto de necesidad de prueba y está estrechamente vinculado al de carga de la prueba.

(57) La valoración de los medios probatorios, y de los argumentos de prueba, es una actividad que el juez va realizando a lo largo de toda la etapa y continúa en la etapa de alegatos, con vista a la sentencia que dictará.

Así, en la mecánica de la actuación probatoria –metodológicamente hablando– corresponde que las partes y el juez tengan presente, en primer lugar, la norma aplicable, pues es ella la que indica cuáles son los hechos relevantes en la causa.

A continuación, sabiendo cuáles son los hechos hipotéticamente relevantes corresponderá determinar cuáles de ellos ingresan al proceso con la carga probatoria satisfecha (es decir, que se encuentran probados) y cuáles, por el contrario, necesitan de medios de prueba para satisfacerla. Los primeros son los hechos no necesitados de actuación probatoria y corresponden a aquellos hechos cuya satisfacción probatoria viene dada por ser hechos admitidos, hechos presumidos por ley, hechos notorios o hechos materia de cosa juzgada previa. Los segundos son los hechos necesitados de actuación probatoria y solo sobre ellos es que corresponde admitir los medios de prueba encaminados potencialmente a acreditarlos, ya sea de modo directo o indirecto. Solo estos medios de prueba debieran ser los que se admiten y sobre los que se desarrolle la actuación probatoria.

Veamos un ejemplo. Supongamos una demanda en la que uno de sus extremos es la declaración del vínculo laboral. La norma aplicable es aquella que reconoce el carácter laboral del vínculo a partir de la existencia de una prestación personal de servicio, remunerada y subordinada. Los hechos relevantes son, entonces, la prestación personal de servicio, la remuneración y la subordinación. En principio, el trabajador soportaría la carga de la prueba de estos tres elementos. Cada uno de estos debería estar acreditado para que el juez aplique la norma según la cual el vínculo es laboral. Sin embargo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo acoge la presunción de laboralidad a partir de la satisfacción probatoria de la prestación personal de servicio: "acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario[58]". En un caso dado podría ser que se discuta la existencia de la prestación personal de servicios. Si fuese así, el hecho **prestación personal de servicio** sería un hecho necesitado de prueba sobre el cual correspondería actuar los respectivos medios de prueba admitidos para tal fin. Si se prueba la existencia de la prestación personal de servicios correspondería, entonces, presumir que el vínculo es laboral en tanto el empleador no pruebe que es de una naturaleza diferente. En otro caso, podría ser que no se discuta la existencia de la prestación personal de servicio, por ejemplo, porque ambas partes coinciden que es así. Sería un hecho admitido. Ahora bien, si la prestación personal de servicios está admitida, entonces, resultará que el vínculo laboral también tiene su carga satisfecha en razón de la presunción legal de laboralidad. En un caso así, la relación laboral no sería un hecho necesitado de prueba. El hecho necesitado de prueba que aparece sería, más bien, el hecho que niega la presunción, es decir, la prueba del hecho de la naturaleza del vínculo distinto al laboral (civil, mercantil, formativo, administrativo, voluntariado, etc.).

(58) Artículo 23.2.

3.3. Presunciones

Las presunciones, legales y simples, son expresiones del principio de facilitación probatoria y se justifican en la idea de acceso a la justicia. La dificultad probatoria, a veces extrema, no puede ser una razón para que el derecho sucumba ante la prueba.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge cuatro presunciones importantes: la presunción de laboralidad (artículo 23.2), la presunción del hecho lesivo (artículo 23.5), la presunción por inconducta de las partes (artículo 29) y la presunción de verdad de los hechos expuestos en la demanda (artículo 43.1 en concordancia con el artículo 461 del Código Procesal Civil).

La presunción de laboralidad manda tener por cierto el vínculo laboral, además a plazo indeterminado, a partir de la acreditación de la prestación personal de servicios. En otras palabras, toda relación donde haya una prestación personal de servicios se presume laboral. Lo interesante es caer en la cuenta que la presunción legal de laboralidad no supone que la prueba a ser actuada tenga como finalidad ratificar que el vínculo es laboral –si ello fuese así, entonces esta presunción sería inútil– sino que la prueba estará encaminada a demostrar que el vínculo es de una naturaleza distinta, y ello, asimismo, como carga del demandado-empleador.

La presunción del hecho lesivo manda tener por cierto el hecho alegado si aparecen indicios de su existencia. Esta presunción es sumamente interesante pues no exige la prueba directa del hecho dañoso sino que basta introducir indicios para tenerlo por cierto. A su vez, impone la carga de la prueba de la existencia de un motivo razonable –que niegue el carácter lesivo o dañoso del hecho– al demandado-empleador. Por ejemplo: que el despido no tiene como razón la discriminación por actividad sindical (partiendo de encontrarse acreditada dicha actividad sindical) sino que existe una mejor razón que lo justifica: la renuncia, el vencimiento del plazo, el mutuo disenso, la causa justa, entre otros, auténticos.

La presunción por inconducta de las partes es de suyo útil porque va en consonancia con los deberes de colaboración y respeto recogidos en el artículo 11. Una utilidad interesante de esta herramienta se da en la actuación probatoria donde las partes tienen la carga de la prueba de aquello que les favorece. Por lo tanto, la parte que no acerca al juez sus propios medios de prueba no está colaborando y, en consecuencia, el juez puede concluir en contra de sus intereses. En la prueba de planillas no basta por tanto alcanzar los libros u hojas, sino que será necesario indicar en qué parte de ellos se encuentra aquello que justamente se quiere hacer valer a su favor.

Finalmente, aunque no corresponde a la etapa de actuación probatoria sino justamente para evitar esta, se tiene la figura de la rebeldía que genera el efecto de tenerse por cierto los hechos de la demanda, salvo que el juez motive que

no resultan verosímiles. Desde un punto de vista la rebeldía se reduce a ser una sanción contra el demandado: sanción que le impide participar en el proceso o contestar la demanda. Este es un punto de vista que deja de lado la utilidad de la rebeldía: la presunción de verdad de los hechos de la demanda.

Se trataría de una rebeldía sin trascendencia. Desde otro punto de vista, la rebeldía no tiene como finalidad sancionar al demandado, sino que da pie a un juzgamiento anticipado. La utilidad de la rebeldía está en la presunción que genera. Esa presunción habilita al juez a sentenciar sin necesidad de pasar a la actuación probatoria si los hechos expuestos en la demanda aparecen verosímiles. Solo si el juez desecha la presunción (justificando por qué tales hechos no son verosímiles) cabe proseguir con las siguientes etapas. Si el juez desecha la presunción, la rebeldía deja de ser útil y no habría razón superior para impedir que el demandado participe en las siguientes etapas en las que se encuentre.

4. ALEGATOS

En la experiencia de la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, los alegatos son escritos[59]. La exposición oral ante el juez se conseguía recurriendo a la figura del **informe oral** regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial[60]. El informe oral se convertía, así, en la mayor expresión de oralidad posible en el contexto de los procesos laborales. Refleja, sin embargo, una oralidad en sentido débil: hablar (pronunciar palabras en voz alta) ante el órgano jurisdiccional con la secreta esperanza que algo de ello pudiese quedar en el entendimiento de los jueces.

En la Nueva Ley Procesal del Trabajo los alegatos son orales y sustituyen a los informes orales. Lo importante del cambio no es, sin embargo, dicha constatación, sino, más bien, el significado del alegato. Al respecto caben dos posibilidades. La primera, que el alegato termine expresando una oralidad en sentido débil: pronunciar palabras en voz alta; y la segunda, que esta etapa permita, mediante la palabra hablada, el esclarecimiento de la causa y el reconocimiento de las fortalezas y debilidades de esta por las partes y sus abogados. El alegato, junto con la sentencia, se convierten así en instrumentos de legitimidad de la función jurisdiccional, ante las partes, los abogados y la comunidad en general.

En esta segunda posibilidad –que es el reto planteado en la nueva ley– los alegatos no están constituidos por discursos grandilocuentes u homenajes a la retórica, sino en la presentación de conclusiones sobre aquellos puntos que corresponda al juez decidir. Los alegatos debieran ser un espacio de reflexión (de diálogo) sobre las pretensiones y defensas propuestas en juicio, dirigido por el juez

(59) El artículo 69 señala: "Dentro de un plazo de cinco (5) días de concluida la actuación de pruebas las partes pueden presentar alegatos. (...)."

(60) Véase al respecto los artículos 132 y 155 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por D.S. 017-93-JUS.

con participación de los abogados. Adviértase que un alegato así desarrollado facilita la labor del juez al emitir su fallo y redactar la sentencia. No es hablar por hablar, sino hablar sobre aquellos puntos que serán materia de decisión del juez. Ello implica una actitud muy distinta a la práctica vigente del informe oral. Para ello podrían elaborarse **mapas de ideas** que preparan al juez sobre los puntos de su decisión: le indican sobre qué tiene que pronunciarse, los puntos que están claros y aquellos sobre los que necesita valorar y reflexionar.

Cerramos el estudio de esta etapa con una preocupación. Desde el proceso penal se ha desarrollado con gran éxito la doctrina de la **teoría del caso**. Esta ha sido importada al proceso laboral sin mayor cuestionamiento. Según esta, la etapa de alegatos de la nueva ley constituiría lo que allí se conoce como **alegatos de cierre**[61] La teoría del caso tiene importantes contribuciones como son las técnicas del interrogatorio y contrainterrogatorio, pero no parece adecuado efectuar un traslado llano y simple al proceso laboral porque entre el proceso penal y el laboral existen, por lo menos, dos diferencias estructurales que vale la pena tener en cuenta. Primera: en el proceso penal el juez calza perfectamente con la idea de ser un convidado de piedra. El juez penal no tiene un rol compensatorio que sí tiene el juez laboral. Y segunda: el proceso penal está formulado a favor del reo, quien se ubica en la posición del demandado y donde las presunciones, por ejemplo, son planteadas a favor del "demandado". Mientras que en el proceso laboral, el trabajador está, en la generalidad de los casos, en la posición de demandante y donde el proceso está pensado a favor del trabajador demandante. Por otra parte, no es correcto señalar que el alegato de apertura corresponda a la etapa de confrontación de posiciones y el de cierre al de alegatos. Son sencillamente diferentes. La teoría del caso privilegia la retórica, el discurso; mientras que en el modelo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo se privilegia el debate de posiciones y se busca facilitar la labor del juez, al punto tal que sea capaz de dictar el fallo inmediatamente finalizada la audiencia de juzgamiento o única.

5. SENTENCIA

Vamos a analizar esta etapa desde una perspectiva práctica o metodológica. La sentencia es la síntesis de lo ocurrido en el proceso concreto. De allí que todas las etapas previas supongan una preparación para el dictado del fallo y la redacción de la sentencia. Adviértase que, en el modelo de la nueva ley, el fallo se dicta, de ordinario, al finalizar la audiencia de juzgamiento (en el proceso ordinario) o la audiencia única (en el abreviado). La excepción es que se postergue al momento de la sentencia.

(61) Por otra parte, la etapa de confrontación de posiciones correspondería a lo que ellos llaman alegatos de apertura.

¿Cómo hacer para estar preparados para la sentencia? ¿Qué hacer en el desarrollo de la audiencia para que esta sea eficiente de cara al fallo y la sentencia?

Al respecto, proponemos las siguientes herramientas: Primero, confeccionar una lista o una tabla de pretensiones:

PRETENSIONES	
Pretensión 1:	
Pretensión 2:	
Pretensión 3:	

DEMANDANTE	PERIODO 1	PERIODO 2	PERIODO 3
Pretensión 1	S/. 000	S/. 000	S/. 000
Pretensión 2	S/. 000	S/. 000	S/. 000
Pretensión 3	S/. 000	S/. 000	S/. 000

Segundo, a partir de las pretensiones y defensas tener un esquema de la norma aplicable, individualizando los hechos descritos en la hipótesis de incidencia y su correspondiente ubicación en el plano de las cargas probatorias. Ejemplo, en el caso de una demanda de indemnización por despido arbitrario, donde el demandado oponga como argumento de defensa la caducidad, sería el siguiente:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO			
Demandante-trabajador		Demandado empleador	
1	Vínculo laboral	1	Causa justa
2	Plazo del contrato	2	Caducidad
3	Periodo de prueba superado		
4	Labor no menor a 4 horas diarias		
5	El despido		

En este esquema se aprecia que la inexistencia de una causa justa no integra la hipótesis de incidencia de la indemnización y por ello no es parte de la carga probatoria del demandante-trabajador. Mientras que la causa justa del despido, en tanto invalidante de la indemnización, integra la carga probatoria del demandado-empleador[62].

(62) Sobre las cargas probatorias y la figura de la inversión de la carga probatoria, o verdad interina, puede verse nuestro anterior trabajo (PAREDES PALACIOS, 1997, 185-189, 271-277).

Tercero, una vez seleccionada la norma aplicable e indentificados los hechos descritos en la hipótesis normativa corresponde apreciar, del material escrito y de la audiencia, cuáles ingresan con la carga probatoria satisfecha (por ser hechos admitidos, presumidos por ley, notorios o materia de cosa juzgada) y cuáles necesitan de medios probatorios que tengan que actuarse. Luego de la actuación probatoria, la valoración del juez le permitirá concluir si las cargas probatorias han sido satisfechas o no y, según ello, fijar los hechos de la causa.

Finalmente, fijados los hechos de la causa corresponderá realizar la subsunción y determinación del sentido de la consecuencia normativa y, según su resultado, dictar el fallo.

Gráficamente tendríamos lo siguiente:

FASES DE APLICACIÓN DEL DERECHO Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS	
1	Primera selección de la norma aplicable
2	Determinación de los hechos de la hipótesis de incidencia
3	Selección de los hechos necesitados de prueba
4	Selección de los hechos no necesitados de prueba
5	Fijación de los hechos con carga probatoria satisfecha
6	Segunda selección (confirmación) de la norma aplicable
7	Subsunción
8	Determinación del sentido de la consecuencia normativa
9	Aplicación de la consecuencia normativa

Con todo ello el fallo debería fluir al finalizar la audiencia y la redacción de la sentencia bien podría limitarse a justificar los pasos seguidos en ella, respecto de los hechos y el derecho aplicado.

REFLEXIÓN FINAL

- El gran reto de la oralidad, y lo que ella signifique va a ser expresado en los expedientes. **Dime cómo son tus expedientes y te diré el tipo de proceso que practicas.**
- El éxito de la reforma, en clave de oralidad, va a depender de cómo sean los expedientes del nuevo proceso laboral.
- La confección de los expedientes supone la existencia de una burocracia. Burocracia no necesariamente ineficiente siempre y cuando se internalicen los nuevos valores de la oralidad y el acceso a la justicia. Lo

que deberá desterrarse es el registro minucioso y la intervención de muchos autores del expediente (secretarios, especialistas, notificadores, revisores, peritos contables). De un expediente voluminoso, debiera pasarse a uno delgado. De uno escrito, a uno electrónico. De un acompañamiento obsesivo con el expediente, a una compañía distante o incluso ausente (del papel). De unos largos y superficiales textos, a unos cortos y concretos. De la poca transparencia de los argumentos, a la legitimidad de los jueces, las partes y los abogados. De las actuaciones probatorias superfluas, a unas concretas y decisivas. Del conservadurismo, a la tutela de los derechos.

- Pero no solo tenemos el reto del nuevo expediente. También es importante el reto del Código Procesal Civil y de nosotros mismos, jueces y usuarios de la justicia laboral que, de lo contrario, podríamos terminar siendo enemigos de la reforma. Del Código Procesal Civil: porque los intentos de una mecánica y simplista aplicación supletoria (en todo lo que le falte al nuevo proceso) terminarán por desnaturalizarlo y por volver escrito y formal lo que se propone sea oral e informal; y de nosotros mismos: porque la inercia y la facilidad de lo ya conocido nos limita a explorar nuevas alternativas de hacer una justicia más eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Volumen 6, México. Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 1997.
- ARIANO DEHO, Eugenia. "En los abismos de la 'cultura' del proceso autoritario". En: *Revista Crítica de Derecho Privado*. Volumen 1, Lima, Grijley, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Lima, ARA Editores, 2006.
- COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Volumen Tomo I, Tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1979
- GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. "Importancia y necesidad de los principios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497". En: *Doctrina y análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo Lima*, Academia de la Magistratura del Perú, 2010.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires, Ediar, 2005.
- GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2009.
- GONZÁLEZ NIEVES, Orlando. "Encuentros y desencuentros de los principios del derecho procesal del trabajo en la Ley 29497 con los principios del Derecho del

Trabajo, Derecho Administrativo, proceso contencioso-administrativo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Arbitral". En: *Doctrina y análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima, Academia de la Magistratura del Perú, 2010.

- HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Trad. por Héctor Fix Fierro. Lima. Universidad Autónoma de México-Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 2003.
- MORALES GODO, Juan. La oralidad en el Código Procesal Civil peruano. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Año 3 2009 Número 3 hURL: <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/ derechoprocesal/La_oralidad_en_el_codigo_procesal_civil_ peruano.pdf>.
- PAREDES PALACIOS, *Paúl. Prueba y presunciones en el proceso laboral*. ARA Editores, Lima, 1997.
- SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do? Primera edición*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- SEN, Amartya. The idea of justice. Primera edición. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- VINATEA RECOBA, Luis/TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis normativo*. Lima. Gaceta Jurídica, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Madrid, Trotta, 1999.

PALABRAS CLAVES

- Oralidad, acceso a la justicia, igualdad por compensación, tutela jurisdiccional efectiva, proceso laboral.



PONENCIAS LIBRES

EL PROCESO ABREVIADO LABORAL REGULADO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, ¿ES UNA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL AMPARO?

COMENTARIOS A RAÍZ DE LA RECIENTE CASACIÓN Nº 3979-2011-TACNA

Oxal Víctor ÁVALOS JARA

Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios concluidos de maestría con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Derecho del Trabajo, Procesal del Trabajo y Derecho empresarial. Socio del Estudio Ávalos-Jara, Abogados & Asociados. Miembro de la Comisión Consultiva de Especialistas en Derecho Laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

Elmer HUAMÁN ESTRADA

Abogado por la Universidad de Piura. Miembro del Estudio Isabel Herrera Abogados.

SUMARIO

I. Presentación. **II.** ¿Qué significa que existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional vulnerado?. **III.** ¿Es el proceso abreviado laboral regulado en la NLPT una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional vulnerado?. **1.** El proceso abreviado es una vía procedimental de naturaleza judicial. **2.** El proceso abreviado laboral es una vía procedimental específica. **3.** El proceso abreviado laboral es una vía procedimental igualmente satisfactoria. **4.** Consecuencia de afirmar que el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo es una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo. **IV.** Apreciación final.

I. PRESENTACIÓN

Respecto a la naturaleza subsidiaria del proceso de amparo se ha dicho y escrito bastante en los últimos años[1] y, en concreto, en materia laboral, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha predeterminado en algunos casos cuándo existen vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho amenazado o vulnerado, y ha establecido, para otros casos, los criterios para acceder al proceso de amparo.

Es de recordar que este tema tiene una larga trayectoria, habiéndose expedido en ese marco diversas sentencias que lo han encauzado, existiendo a la fecha certidumbre acerca de la procedencia o improcedencia del amparo, tanto a la luz de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional como de lo determinado en la jurisprudencia del Supremo Intérprete de nuestra Constitución.

Es en este escenario que con fecha 30 de julio de 2012 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Casación N° 3979-2011-Tacna, en donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, más allá de indicar que a través del proceso abreviado laboral regulado por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es posible lograr la reposición alegando la ocurrencia de un despido incausado o uno fraudulento de acuerdo a lo señalado en las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N°s 976-2001-AA/TC y 0206-2005-PA/TC y conforme al I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral 2012[2], se pronuncia acerca de si el proceso abreviado laboral regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo se convierte o no en una vía igualmente satisfactoria para la protección de derechos fundamentales cuando se configura un despido incausado o fraudulento.

(1) Entre otros se puede ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios al Código Procesal Constitucional y proyecto de reforma*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional". En *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Palestra, Lima, 2006; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2006, T. I; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Derechos fundamentales y procesos constitucionales, Grijley, Lima, 2008; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "El amparo como proceso 'residual' en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México D.F., 2007; *Landa Arroyo*, César. "El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano". En *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, 2005, T. I; y ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, *El amparo laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

(2) Recomendamos ver respecto a este Pleno Laboral Supremo: HUAMÁN ESTRADA, Elmer, "Comentarios y críticas al Primer Pleno Jurisdiccional Laboral Supremo". En: *Soluciones Laborales*, N° 56, Lima, 2012, pp. 73-86.

En concreto, la Sala Suprema ha indicado lo siguiente:

> "[D]ebe precisarse que ello no convierte per se a esta vía procedimental en igualmente satisfactoria que el amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales del trabajo, porque el legislador de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha creado un proceso urgente con la misma naturaleza y envergadura que el proceso constitucional de amparo, sino que el presente es un proceso de cognición plena o de conocimiento, que tiene regulada la pretensión genérica de reposición, y que de esta manera queda a opción del litigante recurrir a esta vía, sin que por ello deje de encontrarse en el caso concreto habilitado el amparo constitucional. [...]. No se descarta, el derecho del trabajador de acudir directamente al amparo, a su elección, para solicitar tutela procesal efectiva, en tanto la nueva norma procesal laboral no restringe, sino amplía los estándares de tutela procesal frente al despido inconstitucional; por esto no deben perderse de vista las características del nuevo diseño procesal laboral oral, habilitado legalmente para la sustanciación de la reposición: competencia omnicomprensiva (artículo2° numeral 2 de la Ley N° 29497); vía procedimental abreviada, audiencia única y sentencia (artículo I del Título Preliminar de la citada Ley); cargas probatorias definidas, pero a la vez flexibles con énfasis en la prueba indiciaria, en especial tratándose de casos de lesión de derechos fundamentales (artículos 23° y 29° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo); control casatorio sin efecto suspensivo (artículo 38° de la mencionada Ley); y tutela cautelar específica para casos de reposición (artículo 55° de dicha Ley), entre los más importantes. [...]. Dichas características, si bien no implican equiparar al proceso abreviado laboral con la sumariedad y urgencia del amparo, sí lo califican como vía idónea –ante la jurisdicción ordinaria laboral– para la tutela de los derechos fundamentales, eventualmente afectados con motivo de un despido y lo califican también para deparar tutela restitutoria frente al despido inconstitucional".

Con este pronunciamiento la Sala Suprema no afirma y tampoco niega que el proceso abreviado laboral, tratándose de los casos de despido incausado y fraudulento, sea una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional vulnerado con relación al proceso de amparo. Sencillamente se ha limitado a manifestar que los trabajadores pueden acudir, a su elección, directamente al amparo o bien pueden recurrir a la vía laboral para solicitar tutela procesal efectiva.

Sin embargo, a partir de lo indicado se han generado ciertas corrientes concordantes con este pronunciamiento y otras en contra. Por esa razón es que creemos importante analizarlo con objeto de aclarar ciertos conceptos y, sobre la base de ello, sustentar nuestra posición al respecto.

II. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE EXISTAN VÍAS PROCEDIMENTALES ESPECÍFICAS, IGUALMENTE SATISFACTORIAS, PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VULNERADO?

El proceso constitucional de amparo, en nuestro ordenamiento jurídico, es un mecanismo de tutela de derechos fundamentales de última ratio. Por esa razón, si existen otras vías para la protección del derecho invocado, el amparo será improcedente, según lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de nuestro vigente Código Procesal Constitucional. En otros términos, ello no quiere decir otra cosa más que el amparo será procedente en la medida que no exista otro proceso específico o particular, igualmente o más idóneo para la protección del derecho amenazado o vulnerado.

Esta concepción ha dado lugar a que nuestro Tribunal Constitucional señale que "si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y estos son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo"(3).

Es por esa razón que se habla de la subsidiariedad del amparo, que no quiere decir otra cosa más que la jurisdicción constitucional solo puede intervenir una vez que se haya comprobado que no existe otra vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho invocado, es decir, se hace imperiosamente necesario saber qué es lo que nos ofrecen las vías ordinarias, y si y solo si estas no ofrecen una protección satisfactoria más eficaz o al menos igual que el amparo, entonces es recién que se deberá acudir a este proceso constitucional.

En palabras de Sagüés, sobre la subsidiariedad de este proceso constitucional, "[e]l amparo cumple un rol supletorio o heroico: opera únicamente si, ante un acto lesivo de derechos constitucionales, el afectado no tiene acciones o procesos para impugnarlo; o si existen, pero no son idóneos o eficaces para enfrentar a tal acto lesivo"(4).

Ahora bien, para que el proceso de amparo sea improcedente en aplicación del artículo 5°, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no solo basta que exista al menos una "vía procedimental específica" en nuestro ordenamiento jurídico, sino que será necesario, además, que dicha vía sea "igualmente satisfactoria" para la protección del derecho invocado que el proceso de amparo.

Es decir, no basta que sea similarmente satisfactoria, sino deberá ser idénticamente satisfactoria. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que "la sola existencia en la vía ordinaria de un proceso judicial no constituye, per se, un motivo suficiente para desestimar una pretensión que también podría

(3) CLÁUSULA I Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5849-2007-PA/TC.
(4) SAGÜES, Néstor. *El rol subsidiario de la acción de amparo*, ADSUM 8, Buenos Aires, 1993, p. 52.

promoverse en el amparo. Y es que, a continuación, es preciso que se verifique si es que existiendo un proceso ordinario, acaso este no pueda dispensar una tutela igualmente satisfactoria a este proceso constitucional, ya sea por la existencia de elementos objetivos que no permitan que el proceso ordinario brinde una tutela pronta y efectiva, ya porque no existiendo dichos impedimentos objetivos en el proceso ordinario, sin embargo, las circunstancias propias del caso justiciable exigen sin mayor dilación un pronunciamiento jurisdiccional a través del proceso de amparo"(5).

No obstante, debemos indicar que el Código Procesal Constitucional no indica si la "igual satisfacción" a que se ha referencia es solo con respecto al resultado del proceso, o con relación a todo el proceso.

Definitivamente no es lo primero, esto es, la igual satisfacción no se mide solo con respecto al resultado del proceso, sino con relación a todo el proceso y a las garantías que este le presta al demandante.

En efecto, "la protección que se brinda viene definida al menos por los dos siguientes elementos: un elemento temporal y un elemento de eficacia. En lo que respecta al primero de ellos, se ha de reparar en que el amparo es un proceso constitucional que no solo se muestra idóneo para alcanzar la salvación del derecho constitucional, sino que además es apto para alcanzarla en un breve plazo, es decir, se trata de un proceso sumario"(6).

En este sentido, si bien la protección proveniente del proceso de amparo debe ser la idónea y, por lo tanto, el resultado del proceso es determinante, consideramos que no es menos importante el hecho de que el proceso mismo se caracterice por garantizar precisamente esta idoneidad, lo cual en gran medida se logra con la sumariedad del proceso, en tanto que la eficacia no depende únicamente de la forma de tutela, sino también de que esta sea oportuna.

Sin embargo, hay una excepción a esta regla, que es cuando existe *urgencia* para protección del derecho invocado. Y es que si bien es cierto que pueden existir vías procedimentales específicas, probablemente igualmente satisfactorias para la protección del derecho, no es menos cierto que la situación urgentemente particular pueda dar lugar a que el amparo se convierta en la vía idónea para que en ella se ventile la controversia.

Efectivamente, "los procesos constitucionales tienen como característica la sumariedad y residualidad, entre otras, pero tienen también la particularidad de estar destinados para casos de tutela de urgencia. De esta manera se puede entender a la urgencia como aquella situación en la que por excepción [se] puede ingresar a resolver el fondo en situaciones de necesidad, a pesar de que la demanda fue rechazada liminarmente, cuando por ejemplo razones de edad avanzada o enfermedad

(5) Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4952-2006-PA/TC.
(6) CASTILLO CÓRDOVA. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, cit., T. I, p. 294.

grave aconsejen un pronunciamiento de fondo inmediato. En estos casos la vida, la integridad física y la dignidad de la persona pueden estar por encima del derecho de defensa del demandado"[7].

Ahora bien, la pregunta que uno deberá formularse a efectos de saber si existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, es la siguiente: ¿la idoneidad del amparo deberá ser determinada en función a cada caso en concreto o está previamente establecida por la ley o la jurisprudencia?

En principio, esta operación deberá realizase en función de cada caso concreto, y en mérito a las situaciones particularidades que se presentan en cada uno de los casos, pues solo así podrá saberse si existen o no vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho en cuestión.

Sin embargo, es de recalcar que el Tribunal Constitucional ha quebrado esta regla, al punto de establecer predeterminadamente qué casos no pueden ser llevados a cabo mediante proceso de amparo, tal como ocurrió con la sentencia del Expediente N° 0206-2005-PA/TC, en donde se discute acerca de la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado y en el régimen laboral público.

En esta sentencia, si bien el Tribunal Constitucional no define lo que constituye el concepto de "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias", ello no le ha supuesto impedimento para determinar materialmente en qué supuestos jurídicos existen o no "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias"[8].

De esta manera, el Tribunal Constitucional "asume" que el amparo no constituye la vía idónea para ventilar una serie de cuestiones que afecten el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo de los trabajadores sujetos a los regímenes laborales privados y público, y de plano "desampariza" las pretensiones que pretendan sustanciarse a través del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, deja abierta la posibilidad para que proceda el amparo, atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía ordinaria, laboral o contenciosa-administrativa, no es la idónea.

No obstante, deja en claro también que el amparo sí será la vía idónea para determinados casos, como serían los despidos incausados, fraudulentos, nulos y, en general, los basados en la vulneración de los derechos fundamentales, como sería la libertad sindical; del mismo modo, también lo será para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea su afiliación sindical o cargo sindical,

(7) Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00479-2007-PA/TC.
(8) Ver los Fundamentos del 7 al 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC para observar lo que se establecido respecto del régimen laboral privado; de igual manera, ver los Fundamentos del 21 al 25 para apreciar lo determinado sobre el régimen laboral público.

por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental, basando esto último en la protección que la misma Constitución ordena en sus artículos 23° y 28°, numeral 1.

Es precisamente esto último lo que genera la controversia referida a la subsidiariedad del proceso de amparo, y al cuestionamiento que se ha efectuado con relación al hecho de que en la práctica y en algunos casos, el amparo se convierte, en realidad, en una vía alternativa, dejando de lado ese carácter subsidiario.

Por ello, si bien es cierto que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la mentada subsidiariedad, no es menos cierto que en algunos casos el amparo deviene en alternativo. En efecto, pongamos en el caso de un trabajador que ha sido despedido por la realización de actividades sindicales. Frente a esta situación, y en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el trabajador tiene dos opciones que le otorgan un mismo resultado: a) acudir a la vía ordinaria (laboral o del proceso contencioso-administrativo) a efectos de su reposición; o, b) acudir al amparo para lograr el mismo fin.

En este supuesto no estamos ante un caso en que el amparo es subsidiario, sino alternativo. Y decimos esto porque no necesitamos efectuar un análisis de las posibilidades procesales que tengamos para, luego de ver que no hay una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, recién acudir al amparo; y ello es claro en la medida que en este supuesto simplemente de plano el interesado puede canalizar su pretensión a través de una u otra vía. Obviamente, el demandante optará por la que le parezca o por la que considere la más adecuada a sus intereses, sin embargo, ello no enerva en nada el hecho de que en este caso el amparo sea alternativo.

Lo mismo ocurrirá en el caso en que se despida a una mujer por su estado de embarazo. En esta situación, y teniendo en consideración que el Tribunal Constitucional ha señalado que el amparo es la vía idónea para estos casos, por lo tanto, ya no hay necesidad de indagar si las demás vías son inidóneas. La trabajadora demandante, en buena cuenta, se encontrará ante dos posibilidades que le ofrecen un mismo resultado: la reposición. Incluso, debemos recordar que la trabajadora tendrá una tercera posibilidad si es que se encuentra sujeta al régimen laboral de la actividad privada: el pago de la indemnización por despido arbitrario si no desea ser repuesta a su trabajo.

Si es que opta por la reincorporación, entonces, tendrá dos vías a su disposición que le ofrecen el mismo resultado, pero en el papel una –el amparo– es más corta que la otra, por lo que lo más probable es que elija la más célere. Sin embargo, dicha elección no es producto de un "análisis de la subsidiariedad del proceso de amparo", sino de decidir entre una y otra vía.

Pero la pregunta que concita nuestra atención es: ¿realmente el amparo es más "rápido" que el proceso laboral o el proceso contencioso-administrativo?

Tratándose del proceso laboral regido por la Ley N° 26636, la experiencia nos permite afirmar que el amparo "puede" llegar a ser más célere; no obstante, las múltiples deficiencias de la administración de justicia, la mala praxis y el ánimo de incumplir de los demandados, en muchas ocasiones han originado que el proceso de amparo tenga una duración similar o incluso mayor a la del proceso laboral[9]. Lo mismo ocurre con el proceso contencioso-administrativo, pues si bien teóricamente el amparo debiera ser más breve, en la práctica a veces ocurre lo contrario.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que tratándose del proceso abreviado laboral contenido en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el amparo no es para nada más célere, incluso nos animamos a señalar que por lo general el amparo se extiende mucho más en el tiempo que el proceso abreviado laboral, por lo que en este caso podría señalar que, en cuanto a celeridad, el proceso laboral es más idóneo que el proceso constitucional.

Pero recordemos que en este tipo de casos el derecho vulnerado no se ve tutelado de forma completa con la reposición, sino que además dicha tutela exige el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir. Actualmente, a través del proceso de amparo no es posible que se conceda conjunta y accesoriamente a la reincorporación las remuneraciones devengadas, por lo que el demandante deberá iniciar un nuevo proceso, esta vez en la vía laboral, para pretender su cobro[10], lo cual definitivamente hace que la protección del derecho se dilate aún más.

Diferente es el caso de la demanda tramitada en la vía laboral, pues de declararse la nulidad del despido, el mismo juez laboral deberá ordenar en la misma

(9) En nuestro medio, la doctrina ha puesto en entredicho la "sumariedad" del proceso de amparo. Abad Yupanqui ha señalado, al respecto, que el ideal de que en el proceso de amparo se brinde una tutela urgente "se enfrenta con una realidad como la nuestra, donde al proceso de amparo le viene resultando difícil cumplir con la noble misión que se había trazado. Y es que al llevarlo a la práctica se encuentra con una serie de obstáculos o vallas que debe tratar de superar, las cuales muchas veces son difíciles de vencer, y en otras oportunidades resulta prácticamente imposible de hacerlo. En efecto, al final, cuando el afectado llega a la meta, lo hace cansado y, si obtiene una sentencia favorable, aún debe transitar una larga ruta para poder ejecutarla". Al respecto, ABAD YUPANQUI, Samuel. "La reforma del proceso de amparo. Avances, problemas y agenda pendiente". En: *La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada*. Palestra, Lima, 2009, p. 224.

(10) En sede laboral hasta hace unos meses existía pleno consenso para el pago de las remuneraciones y beneficios laborales devengados en el caso de los trabajadores repuestos mediante proceso de amparo; sin embargo, en mérito a la desafortunada sentencia en Casación N° 2712-2009-Lima, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que es infundada la demanda que pretende ello, pues para que exista contraprestación (remuneración) debe haber previamente una prestación (trabajo), lo cual consideramos que es totalmente desacertado, pues la inacción del trabajador no se debió a su voluntad, sino a un acto inconstitucional e ilegítimo del empleador. Para mayores detalles acerca de nuestra posición, sugerimos revisar: ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. "Las remuneraciones dejadas de percibir a consecuencia del cese, ¿deben ser concedidas vía proceso de amparo cuando se dispone la reposición?". En: *Actualidad Laboral*, Lima, 2011, pp. VI-4 y ss.

sentencia el pago de la remuneraciones dejadas de percibir a consecuencia del cese[11], no teniendo la necesidad el trabajador de iniciar otro proceso de conocimiento para lograr su cometido, ya que en ejecución de sentencia se procederá al cálculo de las remuneraciones y beneficios sociales devengados durante el cese.

Es difícil dar respuesta a la última pregunta planteada, más aún cuando en la práctica pueden presentarse una serie de posibilidades. Sin embargo, como señalamos líneas atrás, ir por una u otra vía dependerá de cada caso en particular, y en estricto del demandante y de lo que él considere satisfaga sus intereses, más aún si a sabiendas que ambas vías son idóneas, tendrá que elegir entre una u otra, confirmándose, en este caso, así como en otros muy contados, que el amparo no siempre es subsidiario, pues a veces es alternativo.

III. ¿ES EL PROCESO ABREVIADO LABORAL REGULADO EN LA NLPT UNA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA, IGUALMENTE SATISFACTORIA, PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VULNERADO?

Si se tiene en consideración que es factible acudir libremente y sin condiciones[12] a la vía del proceso abreviado laboral para solicitar la reposición bajo el argumento de que se ha producido un despido incausado o fraudulento, tenemos que a partir de esa percepción el referido proceso abreviado se constituiría en una vía específica para la protección de los derechos fundamentales del trabajador vulnerados a través del despido.

Ahora bien, esta vía específica que es el proceso abreviado laboral, ¿sería igualmente satisfactoria que el proceso de amparo?

(11) En efecto, el artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que: "Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses". Por su parte, el artículo 54° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, indica que: El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional. El récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición".

(12) Nosotros particularmente tenemos una posición distinta a la pregonada por en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral 2012, pues consideramos que solo es posible acudir al proceso abreviado laboral e invocar la lesión de derechos fundamentales mediante despido incausado o fraudulento, en la medida que se haya descartado la legislación sobre despido nulo contenida en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral por ser insuficiente, y luego de ello, previa aplicación del control difuso, es que recién se podrán traer a colación tales figuras propias del proceso constitucional de amparo. Al respecto, ver: ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. "Acerca del denominado 'despido fraudulento' y de la presunta 'nueva' potestad de los jueces ordinarios laborales para reponer a un trabajador cuando no se invoca el despido nulo". En: AA.VV. *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Obra colectiva que reúne a los mejores especialistas que analizan íntegramente el nuevo proceso laboral*. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 637 y ss.

En virtud de lo analizado en el acápite anterior, tenemos que lo "igualmente satisfactorio" no se mide solo en función del resultado, sino también en mérito a una serie de aspectos o características que debe reunir el proceso que quiera ser considerado igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, los cuales han sido resaltados por la doctrina[13] y serían los siguientes: a) ser una vía procedimental de naturaleza judicial; b) ser una vía procedimental específica; y, c) ser una vía procedimental igualmente satisfactoria.

1. El proceso abreviado es una vía procedimental de naturaleza judicial

No hay duda que este requisito es cumplido a cabalidad por el proceso abreviado laboral, que no es un procedimiento administrativo ni privado, sino, como es obvio, uno de naturaleza judicial.

2. El proceso abreviado laboral es una vía procedimental específica

La especificidad[14] mencionada en este punto debe ser entendida como singularidad o individualidad, y esta debe ser definida en contraposición a la generalidad. Deben tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal laboral diseñe un proceso de defensa de los derechos fundamentales de naturaleza laboral.

El proceso abreviado laboral, según la regulación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, permitirá que el trabajador obtenga la reposición frente a un despido lesivo de sus derechos fundamentales, tal como lo venimos sosteniendo a partir del reciente Pleno Laboral Supremo y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Podemos ver, entonces, que hay un procedimiento específico, dentro del diseño general de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pensado para proteger el contenido constitucional del derecho al trabajo y otros derechos fundamentales del trabajador que puedan ser lesionados a través del despido. La especificidad, entonces, también sería una característica de este procedimiento.

3. El proceso abreviado laboral es una vía procedimental igualmente satisfactoria

Lo igualmente satisfactorio, según Castillo Córdova[15], se define desde un punto de vista material, es decir, atendido al objeto de protección (la igual protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir, atendido al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure la igual protección).

(13) Este análisis ha sido expuesto en: HUAMÁN ESTRADA, Elmer, "El proceso abreviado laboral en el nuevo proceso de trabajo como vía igualmente satisfactoria", *Soluciones Laborales*. N° 39, Lima, marzo, 2011.
(14) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. cit., T. I, p. 291.
(15) Ibídem, p. 293.

De estos dos criterios, podemos extraer algunas exigencias que permitan definir a una vía procedimental específica –en este caso, al proceso abreviado laboral– como igualmente satisfactorio.

Primero, que la vía judicial no debe servir solo para conseguir el resultado de salvación del derecho constitucional afectado, sino que dicha salvación debe mantener una relación de igual con la salvación que dispensa el proceso de amparo. La doctrina, al respecto, ha señalado que "la sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho fundamental, no significa per se que la misma sea, en todos los casos o supuestos igualmente satisfactoria, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada"[16]. Nosotros consideramos que el proceso abreviado laboral, al permitir la reposición del trabajador frente a todo despido lesivo de derechos constitucionales, otorga una igual satisfacción que la otorgada en el proceso de amparo.

Segundo, la vía judicial debe ser sumaria. No obstante, esta sumariedad, no necesariamente exige que coincidan los plazos y las etapas procesales entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario. Basta "con una coincidencia razonable, es decir, que suponga una pronta y oportuna respuesta del órgano judicial para la salvación del derecho constitucional"[17]. Precisamente, el principio de celeridad es una de las directrices del proceso abreviado laboral y, después de una revisión de los plazos establecidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo para el desarrollo de sus etapas procesales, podemos afirmar, entonces, que este proceso es, por lo que nos ha mostrado la experiencia hasta la fecha, tan o más sumario como el proceso de amparo.

Tercero, la vía judicial debe ser una vía especialmente eficaz. Sobre este elemento, hay que anotar que el proceso de amparo no solo es idóneo para alcanzar la protección de un derecho constitucional en un plazo corto, sino que, además, lo hace de una manera especialmente eficaz. Esa especial eficacia se manifiesta en tres situaciones[18]: a) en la posibilidad de plantear medidas cautelares; b) en que permite reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; y, c) en la pronta ejecución o actuación de la sentencia firme.

El proceso abreviado laboral configurado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo sí posee estas tres características. Permite que se interpongan medidas cautelares antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinadas a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Y, además, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, recogiendo los principios de la teoría cautelar, dispone que estas se dictan naturalmente sin

(16) SÁENZ DÁVALOS, Luis, "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo". En: *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Jurista editores, Lima, 2005, p. 135.
(17) CASTILLO CÓRDOVA. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, cit., T. I, p. 295.
(18) Ibídem, p. 296.

conocimiento de la contraparte. Del mismo modo, la nueva norma procesal laboral ha regulado dos medidas cautelares "especiales" pensada para asegurar la pretensión de reposición. Nos referimos a la "medida especial de reposición provisional"[19], y a la "asignación provisional"[20], medidas que permitirán asegurar que la pretensión de reposición planteada en el proceso abreviado laboral no se vea afectada por la demora (demora "corta", según la configuración de los plazos de este proceso) en el dictado de la sentencia.

El proceso abreviado laboral permite conseguir la misma finalidad que el proceso de amparo: reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho al trabajo. Esta finalidad, en ambos procesos, se traduce en obtener la reposición luego del despido. Observamos, entonces, que esta característica está presente también en el proceso abreviado laboral. Y, adicionalmente, el proceso abreviado laboral permite que el trabajador, en ejecución de sentencia, obtenga el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales devengados, situación que no puede obtenerse en el proceso de amparo.

Finalmente, la sentencia firme emitida en el proceso abreviado laboral, bajo el diseño de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, debe ser ejecutada en el menor tiempo posible. El legislador, incluso, ha previsto mecanismos de coerción en caso el empleador pretenda desconocer el fallo judicial que ordena la reposición del trabajo[21]. Esta tercera característica, en definitiva, se presenta en el proceso abreviado laboral.

(19) **"Artículo 55°.- Medida especial de reposición provisional**
El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:
a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;
b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y
c) el fundamento de la demanda es verosímil.
Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia".

(20) **"Artículo 56°.- Asignación provisional**
De modo especial, en los procesos en los que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Si la sentencia firme ordena la reposición, el empleador restituye el depósito más sus intereses y, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, se deduce la asignación percibida".

(21) **"Artículo 62°.- Incumplimiento injustificado al mandato de ejecución**
Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer si, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad".

4. Consecuencia de afirmar que el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo es una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo

Así, realizado este anterior análisis, podemos afirmar que el proceso abreviado laboral regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo es una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo. Inclusive, si efectuamos un paralelo entre el proceso abreviado laboral y el proceso de amparo, veremos que las virtudes del primero de estos dos procesos serían más eficientes que las del proceso constitucional, salvo en algunos casos muy puntuales, por lo que debe establecerse como regla general que el proceso abreviado laboral sí constituye una vía específica cuando menos igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos alegados.

Esta afirmación conlleva dos situaciones particulares. Por un lado, en tanto el acceso al proceso abreviado laboral no es de carácter subsidiario como sí ocurre con el proceso de amparo, los jueces constitucionales tendrán la difícil labor de determinar en función de cada caso concreto si es que efectivamente en amparo resulta ser la vía idónea, ya que deben asumir que en principio y como regla general que el proceso abreviado laboral lo es.

Y, por otro lado, estaremos ante un fenómeno de "desamparización del despido", en tanto todas las causas referidas al despido incausado o al despido fraudulento, deberán sustanciarse en la vía laboral, pues es claro que si esto se pretende ventilar en la vía constitucional, los procesos de amparo incoados deberán ser declarados improcedentes en aplicación del artículo 5°, inciso 2 del vigente Código Procesal Constitucional, a fin de rescatar la excepcionalidad del proceso de amparo.

V. APRECIACIÓN FINAL

Sobre la base de lo expuesto, podemos concluir señalando que a priori el proceso abreviado laboral regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo sí resulta ser una vía específica igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de derechos fundamentales cuando estamos ante las figuras de los despidos incausado y fraudulento y, en general, frente a todo despido que lesione derechos fundamentales del trabajador.

Si el proceso abreviado laboral permite –como lo estamos viendo en la práctica– conseguir una misma tutela que el proceso de amparo cuando de afectaciones al contenido constitucional del derecho al trabajo se trata mediante el despido, materialmente estos procesos brindan la misma tutela. Esta igualdad material, y otras características del proceso abreviado laboral, permiten afirmar que este procedimiento judicial instaurado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo constituye una vía igual de satisfactoria que el proceso constitucional de amparo.

En aquellos lugares donde la Nueva Ley Procesal del Trabajo ya entró en vigencia, los jueces constitucionales deberán, como regla general, declarar la improcedencia de las demandas de amparo en las que se busque la reposición ante los despidos incausados, fraudulentos, nulos, y todo despido lesivo de derechos fundamentales. La correcta aplicación del artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional así lo exige, pues, de lo contrario, se estaría desconociendo la intención del legislador procesal constitucional al instaurar al amparo como un proceso excepcional por subsidiariedad. Solo en algunos casos, cuando se demuestre una situación urgente que ha motivado que el trabajador acuda al proceso de amparo, el juez constitucional deberá resolver el proceso constitucional de amparo, ya que la declaración de improcedencia de este proceso llevaría, al final, a que el trabajador inicie un nuevo proceso (el proceso abreviado laboral), lo cual podría conllevar a la irreparabilidad de su derecho fundamental y a situaciones realmente injustas.

Establecer como regla general que el proceso abreviado laboral es una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo, no debe generar el temor de que el trabajador afectado con un despido inconstitucional va a encontrarse desprotegido al no contar con el proceso de amparo.

Pensar de esta última forma significaría desconocer la importancia y utilidad del proceso abreviado laboral configurado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo como mecanismo de tutela frente a los despidos lesivos de derechos constitucionales. Asimismo, si este procedimiento laboral se desenvuelve bajo los principios que guían el nuevo proceso de trabajo, es posible que se instaure como un mecanismo procesal más satisfactorio que el proceso de amparo. No hay que olvidar, finalmente, que quien atiende el proceso abreviado laboral es un juez especializado en Derecho del Trabajo y que cuenta con una mayor especialización para frenar la ilicitud del despido lesivo de derechos constitucionales.

LOS JUICIOS ORALES Y EL CAMBIO DEL SISTEMA PROCESAL EN LATINOAMÉRICA: UN ANÁLISIS COMPARADO[1]

Adolfo CIUDAD REYNAUD

Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la Oficina de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, Profesor de Derecho del Trabajo en licencia, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Sistema de juicios orales. **III.** Estructura del proceso. **1.** Contestación a la demanda: ¿oral o escrita?. **2.** Audiencia única o dos audiencias o varias audiencias. **IV.** La revisión judicial. **V.** Procedimientos abreviados de menor cuantía. **1.** Procedimientos de instancia única y los abreviados de doble instancia. **2.** Procedimientos monitorios. **VI.** Modalidades especiales de tutela de derechos fundamentales. 6. Modalidades especiales para conflictos colectivos jurídicos. **VII.** Especialización de jueces y capacitación de abogados litigantes

I. INTRODUCCIÓN[2]

Cuando en los sistemas de relaciones de trabajo fracasan otros medios de solución de los conflictos, el proceso laboral judicial se convierte en el instrumento por el cual los derechos laborales enunciados en las normas internacionales del trabajo y los ordenamientos jurídicos nacionales, se plasman en derechos efectivos y se hace justicia al caso concreto. Esto trae a colación que el acceso a la justicia es

(1) Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT. Se contó con la valiosa colaboración de Andrea Sánchez Matos.

(2) Algunos partes de este ensayo se basan en: CIUDAD REYNAUD, Adolfo, *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana, OIT*, Costa Rica, 2012, Parte 1, 424 pp.

el derecho humano más importante en un sistema democrático igualitario moderno que pretende garantizar derechos, y no solo proclamarlos[3]. Implica el derecho de toda persona, sin distinción alguna, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de mecanismos que permitan solucionar un conflicto en forma eficaz[4].

No obstante, la brecha entre el derecho y la realidad siempre fue característica de las relaciones de trabajo en América Latina; la aplicación de la norma a la realidad fue siempre un problema medular. Sin desconocer los notables avances de las jurisdicciones laborales en algunos países, todavía tenemos instituciones débiles e ineficientes. La administración de justicia laboral no ha podido proporcionar a los ciudadanos que trabajan los elementos esenciales de seguridad jurídica. La dificultad central fue siempre la ineficacia del proceso que incurre en dilaciones indebidas y ocasionan la extensa duración de sus procedimientos, que en algunos casos se prolongan de manera absolutamente inaceptable para un régimen democrático que pretende la convivencia en paz.

Esta situación no está conforme con los instrumentos internacionales sobre tutela judicial efectiva que hacen énfasis en que la justicia deba prestarse "sin dilaciones indebidas" y que expresan el anhelo y la necesidad social de que los derechos se conviertan en realidad y en concreta justicia dentro de plazos razonables. Esto nos conduce a la necesidad de celeridad de los procedimientos judiciales laborales que deben ser sencillos y ágiles, de manera que permitan una respuesta judicial más oportuna. Es que "una justicia tardía puede equivaler, al menos desde el punto de vista sociológico (...) a la denegación de la misma"[5].

Más allá de lo que en realidad duren los procesos judiciales, la mayoría de la población percibe que el tiempo que estos tardan es demasiado, por lo que es común señalar que la administración de justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella. Sobre este particular, un interesante estudio realizado en España nos señala que el gran problema es el establecer un canon o un referente a partir del cuál se pueda discernir cuándo un asunto judicial está durando más de lo admisible, esto es, generando una duración indebida. Aceptada la dimensión temporal del proceso, ¿cuáles son los límites cuya superación permitiría considerar la existencia de una vulneración?[6]

(3) CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (1ª Edición). Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 12-13.
(4) CARNELUTTI, Francesco. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 23.
(5) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARLOLOMÉ, Plácido, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994, p. 32.
(6) TOBARÍA CORTÉS, Juan José y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José, *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2005, p. 174.

Las encuestas realizadas demuestran que son los tres meses el umbral donde la mayoría de los usuarios empiezan a estar descontentos. Por esta razón, los citados autores concluyeron "que por encima de los seis meses que a nuestro juicio se configura como el auténtico referente, la frontera, en la que la mayoría de los usuarios van a pensar que se está produciendo un **plazo excesivo**"[7].

No obstante la rapidez no puede equivaler a recortar o suprimir las garantías procesales o los trámites esenciales que cualquier procedimiento judicial ha de respetar para ser reconocido como tal. La justicia laboral tiene que garantizar: a) el derecho a la tutela judicial efectiva para ambas partes, asegurando particularmente el fácil y libre acceso al proceso; b) el respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa; c) la oportunidad de poder aportar y utilizar los medios de prueba pertinentes para acreditar los hechos relevantes que sustentan el derecho alegado en el proceso, sin que se produzca indefensión a ninguno de los litigantes. Estas garantías procesales o trámites esenciales que implican el ejercicio del derecho de defensa que tiene todo ciudadano toman un tiempo determinado, pero lo que debe evitarse son las dilaciones indebidas y el abuso del proceso con el objeto dilatar innecesariamente la solución para retrasar el pago de una obligación o crear las condiciones para que la parte contraria acepte propuestas de solución por debajo de lo que la ley establece.

A este respecto, Carnelutti hace un parangón muy interesante entre el proceso y el juego deportivo. Un rasgo común, dice, es que cada uno de ellos tiene sus reglas, pero que si las reglas no son justas, también los resultados del juego o del proceso corren el riesgo de no ser justos, lo cual, cuando se trata de un partido de fútbol o una pelea de boxeo, no debería significar una tragedia, pero cuando la apuesta es la propiedad o la libertad[8], se constituye en una amenaza para el mundo que tiene necesidad de paz. Pero, señala, la paz tiene necesidad de justicia, como el hombre de oxígeno para poder respirar. Así, las reglas del juego no tienen otra razón de ser que garantizar la victoria a quien la haya merecido[9].

Advirtiendo este problema de divorcio entre derecho y realidad, característico de las relaciones de trabajo en América Latina, pero agravado a partir de la década de los ochenta, los constituyentes latinoamericanos de la OIT en el año 2006 decidieron en forma tripartita que uno de sus objetivos estratégicos en la región sería **el respeto y el cumplimiento efectivo** de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como parte del esfuerzo para lograr que todas las mujeres y los hombres puedan acceder a un trabajo decente[10].

(7) Idem.
(8) A los que ahora se cabría añadir los derechos humanos o derechos fundamentales en el trabajo.
(9) Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Monografías jurídicas, Temis, Bogotá, 2004, p. 5.
(10) OIT, Trabajo decente en las América: una agenda hemisférica, 2006-2015, Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006 (el resaltado es nuestro), p. 21.

En la Agenda Hemisférica de la OIT se señala que: "En el caso de América Latina y el Caribe, el cumplimiento de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (objetivo estratégico núm. 1) es un objetivo central de toda política de generación de trabajo decente. Como la OIT ha señalado en reiteradas ocasiones, la región ha avanzado significativamente en la ratificación de estos convenios; sin embargo, ello no significa, lamentablemente, que las legislaciones nacionales se adecuen siempre a los mismos y que, aún adecuándose, se apliquen de manera efectiva"[11].

En la medida que los derechos fundamentales en el trabajo constituyen un conjunto mínimo y universalmente aceptado de derechos laborales incorporados en las respectivas legislaciones nacionales y en la cultura laboral de los diferentes países de la región, la referida Agenda Hemisférica establece dos ámbitos de actuación claramente diferenciables (derecho sustantivo y derecho procesal del trabajo), indicando que "un alto índice de ratificación no es suficiente. Es necesario que estos principios y derechos se apliquen efectivamente. Así, para cualquier principio se propone actuar en dos niveles: en primer lugar, a **nivel normativo/institucional**, lo que supone contar con leyes adecuadas a las normas internacionales así como con **procedimientos justos y efectivos** asociados a estas leyes y con **instituciones sólidas que los implementen**; (...)"[12].

Cinco años después en la XVII Reunión Regional Americana, celebrada en Santiago de Chile en diciembre de 2010, se insistió en la constatación de que en América Latina y el Caribe se observa una alta adhesión jurídica y política a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, pero que sin embargo, "también se identifican insuficiencias en cuanto a su promoción y **limitaciones en cuanto a su aplicación efectiva**, lo cual plantea la necesidad de reforzar el funcionamiento de los servicios de inspección del trabajo y los **procedimientos de la justicia laboral**."[13]

Ante este reto, se encontró América Latina a inicios del siglo XXI, por lo que en diversos países se llevaron a cabo reformas procesales que tuvieron como objetivo central la reducción de la duración de los procesos: Venezuela (2002), Ecuador (2003), *Chile* (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), *Perú* (2010) y Costa Rica (2012).[14] En América Central, Nicaragua tiene aprobado su proyecto en primer debate en su Asamblea Legislativa[15]; en tanto que en El Salvador una comisión redactora de la Corte Suprema de Justicia finalizó la elaboración de un primer

(11) Idem.
(12) Ibídem, p. 31. El resaltado es nuestro.
(13) OIT, Informe del Director General, "Un tiempo de oportunidades para el trabajo decente en las Américas", Decimoséptima Reunión Regional Americana, Santiago de Chile, diciembre de 2010, p. 8. El resaltado es nuestro.
(14) Ley de Reforma Procesal Laboral, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Expediente N° 15.990, aprobada el 3 de setiembre de 2012.
(15) Código Procesal del Trabajo, Asamblea Nacional de Nicaragua, aprobado en lo general el 3 de mayo de 2012. Está pendiente el segundo debate, que en Nicaragua se le denomina "aprobación en lo particular".

proyecto en junio de 2012 y en el momento se encuentran en la fase de incorporación de las observaciones de una amplia Comisión de Consulta de los interlocutores sociales. Mientras que en Honduras una comisión redactora de la Corte Suprema de Justicia está en la etapa de redacción de un anteproyecto de Código Procesal Laboral en consulta con una comisión con representantes de los interlocutores sociales y de la sociedad civil.

Como se puede apreciar, no se tratan de fenómenos aislados, sino de una tendencia generalizada a nivel regional hacia un nuevo sistema procesal del trabajo que aspira a la celeridad de los procesos a través de los principios de oralidad, concentración, inmediación y economía procesal, entre otros. No se trata solo de un cambio normativo sino del cambio de un sistema de juicio escrito, desconcentrado y carente de principios formativos concordantes con el derecho sustantivo cuya aplicación se reclama en juicio. Este antiguo sistema de juicio escrito y desconcentrado que data de la primera parte del siglo pasado se mantuvo sin mayor alteración en América Latina hasta inicios del presente siglo en que se acometen reformas profundas con el principal objetivo de reducir la mora judicial y mejorar la efectividad del derecho sustantivo del trabajo.

En el nuevo modelo de juicio si bien destaca la oralidad, han sido varias otras instituciones procesales las que han sido abarcadas en la reforma: la estructura del proceso, el papel del juez como rector del proceso, la especialización de la justicia laboral, aspectos relativos a la prueba, la emisión de las sentencias, las instancias y recursos susceptibles de interponerse, el carácter de los procedimientos abreviados de menor cuantía entre los que destaca los procesos de instancia única y los procesos monitorios, los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales en el trabajo, los procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico, la intervención del sindicato en el proceso laboral, la necesaria especialización de los jueces, la ejecución de sentencias, el papel de la defensa jurídica gratuita para trabajadores de escasos recursos y la gratuidad del proceso. Por razones de espacio solo nos referiremos a algunas de ellas.

II. SISTEMA DE JUICIOS ORALES

La característica central de todas las reformas procesales, sin excepción, es la opción por el cambio del sistema de juicios escritos por el sistema de juicios orales, llamados también juicios por audiencias. Ese ha sido el rasgo más distintito, el más publicitado, pero desde ya subrayamos que no ha sido el único, sino que ha estado acompañado de otras instituciones de enorme importancia reseñadas líneas arriba.

La oralidad, en su acepción plena, es la posibilidad que la parte demandante pueda alegar verbalmente cuanto precise para fundamentar su pretensión, y que la contestación a la demanda sea igualmente verbal, a continuación de la exposición del demandante en la audiencia de juicio, que se convierte en el acto central en

torno al cual pivotan los demás actos procesales. Un debate oral implica una discusión verbal entendida como una concisa oposición de pretensiones, que puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor madurada al interior del juez que con solo la ayuda de los escritos[16]. Esto significa la existencia de un intercambio dinámico de posiciones, por intermedio de la confrontación de argumentos entre las partes, los abogados, los peritos y el juez. Implica también la pregunta y repregunta entre las propias partes.

Otra consecuencia del principio de la oralidad, es que las declaraciones de las partes y terceros que son emitidas dentro de las audiencias gozan de relevancia jurídica y serán elementos decisorios al momento de decidir sobre la controversia. En esa medida, no es imprescindible la presentación de escritos dentro del proceso, sino que estos se restringen a lo estrictamente necesario, en la medida que se parte del supuesto que la audiencia oral es grabada íntegramente en vídeo y audio, la que se indexa para una fácil ubicación posterior de una parte determinada de esta.

Sobre la oralidad, Pasco señala que "el proceso oral es proclamado y reclamado por toda la doctrina procesal laboral, sin excepción. No hay un solo estudioso que se pronuncie a favor de la escrituración, y ese es un argumento importante."[17] La oralidad, a su vez, es lo único que nos permite hacer realidad los demás principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, primacía de la realidad, entre otros.

En efecto, De la Villa, al referirse a los llamados "principios" del proceso social español, señala que "conviene alterar el orden de enunciación del artículo 74 de la LPL porque de todos los principios aludidos el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás".[18] En ese mismo sentido se expresa la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que precisa "Los principios invocados por el artículo 74 de la LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud. 24 Abr. 1995 (R° 3156/94)"[19].

Eso implica que la prueba se proponga, y en su caso, de ser pertinente, se admita también verbalmente durante la audiencia de juicio. En consecuencia, los litigantes deben acudir a dicha diligencia provistos de los medios de prueba de que intenten valerse, así como que la valoración de la prueba y las conclusiones definitivas

(16) Cfr. CHIOVENDA, *Principios del derecho procesal civil*, (Traducción J. Casais y Santaló), Madrid, Reus, 1922, p. 132.
(17) Pasco COSMÓPOLIS, Mario, "Características del proceso laboral. La oralidad" En: *Sociedad Peruana De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aportes para la reforma del proceso laboral peruano.* Lima: SPDTSS, 2005, p. 52.
(18) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), *Ley de Procedimiento Laboral, Comentada y con jurisprudencia*, LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, junio, 2006, p. 576.
(19) Ibídem, p. 579.

de los litigantes, se expongan también verbalmente por estos, pudiendo variarse las iniciales expuestas a la luz de lo acontecido en la audiencia de juicio.

Todas las reformas procesales producidas en América Latina adoptan el principio de oralidad y disponen la actuación de las audiencias en forma oral. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en que por la cultura jurídica formalista y de escrituración prevaleciente entre jueces y justiciables, y en general en toda la comunidad jurídica latinoamericana, y por la falta de dotación de medios tecnológicos para la grabación de las audiencias en vídeo y audio, la oralidad sucumba frente a la escritura como ha ocurrido en experiencias históricas latinoamericanas.

A esto se refiere Blanco cuando nos señala que en Colombia "a pesar de haberse establecido en el artículo 42° del Código Procesal de Trabajo[20] que las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación se adelantarían en audiencia pública, en la práctica devino en un proceso "dictado" donde el funcionario encargado de levantar el acta de audiencia, recogía lo manifestado por los apoderados de las partes y demás actuaciones cumplidas, y lo resuelto por el juez, quedando trunco en esa forma el principio de oralidad, de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo (...) pero que, al no dotarse a los juzgados de los medios tecnológicos para romper con la práctica del "dictado", no pudo ponerse en práctica tal principio"[21]. La práctica judicial de Honduras, cuyo código de trabajo tiene mucha influencia del Código de Colombia, ha "perfeccionado" la práctica del dictado con la incorporación de la informática, pues los litigantes acuden a las audiencias con un disquete digital o unidad de memoria externa con sus argumentos y manifestaciones ya preparadas en forma escrita, y el secretario se limita a integrarlas en el acta, con lo que, una vez más, la escritura vence a la oralidad y el juez pierde la espontaneidad de la expresión verbal.

No basta, pues la incorporación del principio de la oralidad, sino que se requiere un cambio de cultura jurídica de todos los operadores jurídicos, especialmente de jueces y abogados litigantes. Otras experiencias históricas demuestran lo mismo: los códigos de trabajo de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua, también incorporaron el principio de oralidad desde mediados del siglo pasado. No obstante, por la influencia civilista que siempre estuvo sujeta a un proceso formalista y rigorista de carácter patrimonial, propio del derecho civil, incidió en la manera en que los jueces de trabajo aplicaron la normativa procesal, a pesar que fueron pioneros en la incorporación de los principios de oralidad e inmediación. Tal influencia civilista ocasionó que en tales países, en la práctica, el proceso laboral se haya escriturado, alejado de la oralidad y convertido –en gran medida– en una

(20) Vigente desde 1948 en virtud del Decreto Ley N° 2158.
(21) BLANCO RIVERA, Oscar, "La jurisdicción del trabajo en Colombia. Anotaciones sobre la oralidad en el juicio del trabajo y la seguridad social", en: *Nueva ley procesal del trabajo*. Ley 29497, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú, febrero 2012, pp. 187 y 188.

justicia laboral delegada en personal auxiliar, donde primó la falta de lealtad procesal y el abuso del proceso en perjuicio de los justiciables.

Otro ejemplo demostrativo de este problema son las normas procesales de algunos países como El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana, que establecen que la demanda y la contestación a la demanda pueden ser orales; en Costa Rica y Venezuela también está previsto que se pueda interponer la demanda en forma oral. A pesar de ello esas disposiciones no se aplicaron y en la práctica judicial predominó la escritura. De igual forma, en Panamá el Código de Trabajo dispone que las actuaciones y diligencias judiciales y la substanciación del proceso se realicen oralmente en audiencia pública bajo pena de nulidad, salvo algunos casos exceptuados, pero a pesar de ello los juicios continuaron siendo escritos(22).

En todos estos casos, la inexistencia de grabaciones adecuadas y de jueces y litigantes apropiadamente entrenados para actuar en audiencias orales ha supuesto un serio inconveniente para la oralidad. Los testimonios son transcritos por un secretario judicial así como la presentación de innumerables pruebas para su registro en extensas audiencias, lo que hace que el juez delegue su recepción, lo que frustra la esencia de la oralidad y también de la inmediación. Una excepción en Panamá es la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá que constituye un adecuado ejemplo de oralidad procesal y de utilización adecuada de tecnología en su apoyo. Blanco nos da cuenta que en Colombia se está dando un fuerte impulso a la recuperación de la oralidad desde el 1 de julio de 2011, fecha a partir de la cual se encuentran en pleno funcionamiento un total de 36 juzgados laborales de oralidad en la ciudad de Bogotá dotados cada uno de salas de audiencias y equipos de grabación(23). Guatemala también está en un proceso de recuperación de la oralidad que al igual que Colombia tuvo previsto este principio desde la promulgación de su Código de Trabajo en el año 1961, se han duplicado el número de juzgados en la capital y se han transformado juzgados mixtos en juzgados de trabajo en las principales ciudades del país, debidamente dotados de salas de audiencias y equipos de grabación. En Honduras y El Salvador también se están dotando a los juzgados con salas de audiencia y equipos de grabación con el objeto de implantar plenamente la oralidad(24).

Un caso especial es el de México, donde a pesar de la intenciones del legislador también se ha producido un abandono de la oralidad. En este país los conflictos laborales, individuales y colectivos, de naturaleza jurídica o económica se tramitan y resuelven a nivel jurisdiccional por autoridades de composición tripartita, en donde es la propia Constitución la que define la competencia de las Juntas de

(22) Véase, CIUDAD REYNAUD, Adolfo, *La justicia laboral en América Central...*, Ob. cit., p. 62 y los trabajos de TORRES DE LEÓN, Vasco y HERRARA CARBUCCIA, Manuel Ramón, de la parte 2 de la misma obra.
(23) BLANCO RIVERA, Oscar, Op. cit., p. 188.
(24) En Guatemala, Honduras y El Salvador se ha contado con la ayuda financiera de AID para la implementación de las salas de audiencia.

Conciliación y Arbitraje cuyo funcionamiento se detalla en la Ley Federal del Trabajo. No obstante, en lo que respecta a la oralidad Kurczyn señala que si bien en teoría las citadas Juntas representan un elemento de democracia por su composición, precisa que en la mayoría de los casos se ha convertido en un auténtico juicio tramitado en los mismos términos que un juicio ante autoridades jurisdiccionales del fuero civil y que la gestión procedimental se ha convertido más en forma escrita con el cuasi abandono de la oralidad(25).

II. ESTRUCTURA DEL PROCESO

La estructura o arquitectura del sistema de juicios orales y concentrados se diferencia del sistema de juicios escritos y desconcentrados en que, mientras en el primero se tiende a una máxima concentración de los actos procesales en torno a la audiencia que actúa como pivote del proceso, en el segundo se da una secuencia de actos procesales escritos desconectados uno del otro, y los pocos actos orales se producen ante auxiliares de justicia sin la presencia directa del juez.

1. Contestación a la demanda: ¿oral o escrita?

En torno a la estructura del proceso hay una primera opción de política legislativa para acentuar o no la oralidad, de alejarse de las formas escritas o mantenerlas en cierta medida. En efecto, el grado de oralidad tiene que ver en primer término con la decisión de instituir la contestación a la demanda, o bien oral, o bien escrita. En la reforma procesal en América Latina, solo Nicaragua ha instituido en forma general la contestación a la demanda en forma verbal en la audiencia de juicio, especificándose para que no quede ninguna duda que "En ningún caso se admitirá informe o contestación escrita a la demanda"(26). No obstante, se faculta al demandado para presentar al juzgado antes de diez días de celebración de la audiencia de juicio una memoria o resumen de la contestación a la demanda, que no lo exime de contestar verbalmente la demanda en la audiencia(27).

No obstante, no es el único caso, la legislación de Costa Rica en su normativa vigente aún antes de la reforma establece desde 1966 que en los juicios de menor cuantía la contestación a la demanda se efectúe en forma verbal(28). Lo mismo establece la reforma procesal de Chile para los juicios también de menor cuantía que se procesan a través del novedoso, al menos en el ámbito laboral latinoamericano, proceso monitorio en el que la contestación a la demanda se produce en forma oral en la audiencia(29). Como veremos más adelante, a través de esos procesos,

(25) KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, "Modelo procesal diferenciado y la defensa de los derechos humanos laborales", en Nueva ley procesal del trabajo. Ley 29497. Op. cit., p. 250.
(26) Proyecto de Código Procesal de Trabajo de Nicaragua, art. 90.5.
(27) Ibídem, art. 82.1.
(28) Art. 464 del vigente Código de Trabajo, reformado por Ley Nº 3702 de 22 de junio de 1966.
(29) Art. 500 del Código del Trabajo de Chile.

en ambos casos, la cuantía es significativa por lo que se procesan casi el 50% de los procesos laborales.

Al admitirse la contestación escrita como un acto procesal independiente y previo a la audiencia, el juez puede otorgarle mayor importancia de lo que se sustente verbalmente en el acto de juicio, pues tiene que tener presente al momento de sentenciar lo que por escrito se haya sostenido. Esto puede ocasionar que el demandado pierda interés en la audiencia de juicio pues ya esgrimió toda su defensa en la contestación escrita.

El contacto personal y directo del juez con las partes puede verse atenuado por la contestación escrita. El juez puede verse tentado a confiar más en los actos escritos que en los orales, que son los que más pueden contribuir a desentrañar la verdad material, ya que en los actos escritos se pierden aquellos matices e imponderables del acto oral. Es que el acto oral, además de concentrar y dotar de celeridad al proceso, permite la comunicación presencial, e incluso gestual, que contribuye a que el juez se forme una convicción que no proviene de la documentación que se le proporciona, sino del debate oral entre los litigantes.

La contestación escrita previa a la audiencia podría atentar también contra del principio de concentración y el de la unidad de acto, pues crea una estación procesal más en lugar de concentrar todo en la audiencia de juicio, lo que tiende a alargar el proceso. Así concebida, la oralidad adquiere un sentido de inmediación. Significa que el juez debe obtener su información prioritariamente de los hechos que se le exponen verbalmente durante la audiencia del juicio.

Gómez de Liaño señala que la "inmediación viene de *inmediatezza* que consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe resolver y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso"[30]. En el mismo sentido De La Villa se refiere al principio de inmediación asignándole el significado de "una relación directa entre la actividad presencial del juez, o de los miembros de la Sala y el dictado de la sentencia"[31]. lo que implica que los jueces que estén conociendo de una causa presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de sus dictámenes y cualquier otro acto de prueba que, (...) deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente[32], y estas sean valoradas a base de la impresión recibida.

Además, el sistema escrito y con varias estaciones procesales es más costoso, pensado para grandes empresas a pesar que en la mayoría de los países

(30) Cfr. GOMEZ DE LIAÑO, Fernando, DERECHO PROCESAL LABORAL (5ª edición), Fórum, Barcelona, 1995, p. 99.
(31) DE LA VILLA, Ob. cit., p. 576.
(32) España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, Boletín Oficial del Estado Núm. 245, p. 106584; Ley 1/100 de Enjuiciamiento Civil, 7 de abril de 2000, artículo 137.

latinoamericanos del 70% al 90% son pequeños empresarios. El sistema escrito de juicios requiere la ineludible asistencia jurídica de abogados o profesionales del Derecho, capacitados para exponer de manera exhaustiva y completa todos los hechos, los fundamentos jurídicos, las excepciones y las pretensiones de las partes. Eso tiene un costo que en un sistema de contestación escrita debe ser asumido por los demandados, mientras que en un sistema de contestación oral es posible imaginar a un pequeño o mediano empresario defenderse directamente sin necesidad de abogado, o solamente a través de su contador o jefe de personal.

El sistema procesal laboral español también es de audiencia única en forma general para todos los procesos y cuantías, lo que llevó a De la Villa a señalar que "en algunos países se continúa con la rémora incomprensible, injustificada y criticada por la doctrina autorizada, de presentar la contestación de la demanda de manera escrita en lugar de presentarla oralmente en la misma audiencia de juicio"[33].

La contestación de la demanda es un acto procesal que sirve fundamentalmente para negar o afirmar los hechos expuestos en la demanda y perfectamente se puede hacer en la audiencia sin la necesidad de presentar escrito alguno, lo que contribuye a la celeridad del proceso. Refiriéndose también al modelo español Alonso Olea señaló que "la ventaja es que agiliza enormemente el proceso al suprimir el trámite de la contestación escrita"[34].

Como dice Cappelletti: "El valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica, de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia pública y oral, y lo más concentrado posible, en las que las pruebas sean practicadas ante el órgano decidor entero"[35].

2. Audiencia única o dos audiencias o varias audiencias

La estructura del proceso y una mayor o menor concentración tiene que ver también con la decisión de instituir una única audiencia o dos o más audiencias. Las experiencias que se decantaron por varias audiencias no agilizaron el proceso, como lo demuestran los casos de Colombia, Guatemala, Honduras y República Dominicana, entre otros, en los que cabe la posibilidad de celebrar hasta cuatro

(33) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. *Ley de procedimiento laboral: Comentada y con jurisprudencia*. España: La ley; 2006; pág. 652.
(34) ALONSO OLEA, Manuel "Estructura del proceso" Ponencia presentada en "Taller de análisis del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo". En Congreso de la República. Comisión de Trabajo y Seguridad Social. El proceso laboral. A propósito del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo. Lima: Congreso de la República, 2006; p. 22.
(35) CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1972, p. 77.

audiencias, aunque en Colombia se disminuyó a dos las audiencias recientemente porque no podían avanzar en la celeridad de los procesos.

En lo que respecta a las reformas procesales, en Costa Rica, Uruguay y el proyecto de Nicaragua se prevé en términos generales solo una audiencia de conciliación y juicio, donde se concentran todos los actos procesales. Sin embargo, en Costa Rica se pueden realizar dos audiencias para los procesos ordinarios de evidente complejidad.(36) En los demás países lo común es la existencia de dos audiencias, una de conciliación y otra de juicio, disponiéndose en algunos casos la posibilidad de suspenderlas y proseguir en una fecha distinta. No obstante, como se adelantó, en los juicios abreviados de menor cuantía que representan casi el 50% del total, solo se prevé una sola audiencia en varios países como en Colombia(37), Costa Rica, Chile, Perú, entre otros, lo que demuestra que sí es factible la audiencia única.

Pero en la mayoría de las experiencias latinoamericanas de reforma se ha optado por la realización de dos audiencias: una audiencia preliminar previa a la audiencia de juicio dedicada a la conciliación fundamentalmente y a sanear el procedimiento a través del examen de las excepciones; y de otra parte, una segunda audiencia de juicio propiamente dicha en la que se actúan las pruebas y se esgrimen las defensas de las partes.

En Venezuela, la audiencia preliminar, la primera de las dos previstas, se dedica fundamentalmente al intento de conciliación, que puede prolongarse en el mismo día una vez vencida las horas de despacho hasta agotarse, y que puede continuar con la aprobación del juez el día hábil siguiente y prolongarse hasta cuatro meses(38). En Colombia, luego de fracasada la audiencia de conciliación el juez señala día y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento, que debe celebrarse dentro de los tres meses siguientes(39). Este interregno entre una y otra audiencia se convierte en una amenaza en contra de la celeridad de los procesos; el proceso de doble audiencia necesariamente dura más. También hay que tener en consideración que en Venezuela hay dos jueces distintos, uno para cada una de las audiencias, cuya conveniencia habría que considerar desde el punto de vista de la inmediación.

Teniendo en cuenta lo anterior reafirmamos que la oralidad por sí sola no ha sido la norma en las reformas latinoamericanas, sino que ha estado acompañada también –como no podía ser de otra forma– de la concentración de los actos procesales, en mayor o menor medida.

Como se sabe, la concentración tiende a aglutinar todos los actos procesales en la audiencia de juicio. Significa ante todo que las diferentes fases o periodos procesales se realizan en unidad de acto, sin la posibilidad de compartimentación

(36) Artículos 512 y 519 del Código de Trabajo modificado por la Ley de Reforma Procesal.
(37) Modificación dispuesta por la ley N° 1149 de 2007.
(38) Artículos 132 y 136 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.
(39) BLAANCO, Ob. cit., p. 201.

estanca. Este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Lo que se requiere es que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad(40).

Hay cierta doctrina procesalista que afirma que un procedimiento así diseñado en base a la doble audiencia garantiza mejor los principios de contradicción y defensa. No obstante, esa estructura de proceso más compleja se traduce en un mayor coste económico para el Estado y también para los litigantes.

En efecto, la duplicidad de audiencias por cada asunto litigioso, duplica también el tiempo que los jueces han de dedicar a presidirlas y dirigirlas, lo que repercute en su menor productividad, como demuestra las experiencias de otros países, por ser inferior el número de sentencias que pueden dictar en su restante tiempo de trabajo. Un procedimiento así exige el doble de jueces, lo que se aleja de las posibilidades de gasto para el Estado, o por lo menos, debe asumirse que tales jueces producirán la mitad de sentencias, lo que atenta contra la celeridad. Además, la asistencia obligada de abogado a dos comparecencias, a la audiencia preliminar y a la del juicio, se traducirá todavía en un mayor coste para los litigantes.

La experiencia demuestra que jueces, abogados y litigantes en general, pueden en una sola audiencia de juicio concentrar la defensa de sus pretensiones, la actuación de sus pruebas, y finalmente, expresar sus conclusiones en que basan la petición concreta sobre la que el juez debe de pronunciarse.

III. LA REVISIÓN JUDICIAL

Este es un tema que sin duda forma parte de la estructura del proceso, pero que por su importancia lo tratamos en forma separada. Los medios de impugnación tienen fundamento en la necesidad de evitar la posibilidad de que el error humano de un órgano de administración de justicia ocasione una resolución injusta y de esta forma proporcionar la garantía de una mejor dispensación de justicia. Los medios de impugnación hacen factible mediante el examen de lo resuelto el control de la aplicación por el juez de las normas estrictamente procedimentales, así como la defectuosa aplicación o el abierto desconocimiento de las normas materiales o procesales que rigen la conformación de su resolución(41).

Pero también tales medios de impugnación, si no están apropiadamente regulados, se pueden convertir en una de las principales causas de la mora judicial conjuntamente con la ausencia de oralidad o la duplicidad de audiencias y de

(40) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a todas clases de proceso* (2ª edición). Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 67
(41) Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Segunda edición revisada, Editorial Trotta, Valladolid, 1995, p. 409.

incorporación de estaciones procesales de las que podrían prescindirse. Los medios de impugnación pueden dirigirse contra las sentencias que ponen fin a la instancia y contra los autos y resoluciones que se pronuncian sobre incidentes que se producen en la tramitación del proceso.

En las experiencias de reformas procesales latinoamericanas se prevé en todos los casos la revisión de la respuesta judicial de primera instancia. En todos los países se ha previsto el recurso de apelación, salvo en Chile que solo prevé la apelación de las sentencias interlocutorias, aunque sí se ha previsto un recurso de nulidad y un recurso de unificación de jurisprudencia, a los que nos referimos más adelante.

Además de la apelación, en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú se establece el recurso de casación, con lo que se instituye una tercera autoridad jurisdiccional que se pronuncia sobre el litigio. En Ecuador existe una cuarta autoridad jurisdiccional a la que se accede a través de un recurso extraordinario. En Nicaragua, si bien se establece la apelación de sentencias, el Tribunal Nacional de Apelación Laboral se pronuncia en segunda y definitiva instancia, sin que quepa en su contra recurso alguno. En Uruguay también se ha optado por el modelo de apelación como única revisión judicial.

En consecuencia, tanto en Chile, Nicaragua y Uruguay, se establece una sola revisión judicial de las sentencias de primera instancia, mientras que en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú, se establecen dos revisiones de la resolución de instancia a través de la apelación y de la casación.

Debe señalarse que en relación a la apelación en Uruguay fue declarado inconstitucional el inciso 2 del artículo 17 de la Ley N° 18.572 que dispuso como requisito para apelar una sentencia de condena que se deposite el 50% del monto ordenado pagar; de lo contrario la apelación sería rechazada sin más trámite y se tendría por desistido el apelante. Este artículo se estableció con el argumento de que resultaría conveniente para evitar las apelaciones que tengan por objeto alargar el proceso.

En relación a lo señalado sobre Ecuador respecto a una cuarta autoridad jurisdiccional que ejerce revisión judicial, Páez nos da cuenta de la existencia de un recurso extraordinario en contra de los fallos sobre casación de todas las materias, no solo laboral, de la Corte Suprema de Justicia que "pueden ser impugnadas ante la Corte Constitucional, que constituye, en los hechos, una cuarta instancia con sus consabidas consecuencias en el tiempo para obtener una sentencia definitiva y en los costos que aquello representa para los litigantes."[42]

Por otra parte, en Venezuela, que admite el recurso de casación, también establece el recurso de control de legalidad contras las decisiones que no admiten

(42) PÁEZ, Andrés, *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito, 2010, p. 210.

recurso de casación, con lo que siempre hay dos revisiones judiciales adicionales a la sentencia de primera instancia[43].

En relación con los medios de impugnación contra las sentencias que ponen fin a la instancia, cuando se pretende la celeridad de los procesos judiciales laborales y evitar o reducir la mora judicial, un primer tema que se plantea es la cantidad o el número de revisiones judiciales de la sentencia de primera instancia y la amplitud de la revisión de la decisión judicial. La opción legislativa que busca hacer énfasis en la celeridad sin recortar o suprimir las garantías procesales, es la del proceso laboral de única instancia pero admitiendo una revisión judicial a través de un recurso extraordinario distinto al de la apelación clásica que establezca los supuestos en los que cabría su interposición.

Esta es la opción adoptada por la reforma de Chile en la que se optó por un procedimiento de instancia única frente al cual no cabe la apelación civil amplia e irrestricta y sin estar sujeta a determinados supuestos, sino un recurso de nulidad al que puede recurrirse en situaciones excepcionales fijadas por la ley.[44] En base a la inexistencia de estos requisitos se desestimaba aproximadamente el 80% de los recursos de nulidad, aunque hace un par de años prima una interpretación menos restrictiva. Como se indicó, en Chile solo se prevé la apelación en sentencias interlocutorias.[45] Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia[46].

En España también está instituido el procedimiento de instancia única[47], con la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la sentencia expedida por el juez, sin que sea equiparable a la apelación, de manera que procede interponerlo exclusivamente frente a resoluciones judiciales determinadas y por los motivos tasados legalmente. En este caso, los Tribunales Superiores "no realizan un nuevo examen de los hechos, de las pruebas y del derecho aplicable, sino que se ciñen a la revisión de determinados aspectos de la resolución impugnada (...)[48].

Otra opción legislativa es la de admitir la apelación más o menos abierta y sin cumplimiento de requisitos tasados, pero sin que quepa la interposición de otros

(43) Artículos 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.

(44) Artículo 478 del Código del Trabajo de Chile (juez incompetente, infracción manifiesta de normas de apreciación de la prueba, alteración de la calificación jurídica de los hechos, violación de inmediación, omisión de requisitos exigidos en la ley, decisiones contradictorias, sentencia contraria a otra con autoridad de cosa juzgada, entre otras).

(45) Se refiere a sentencias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las se pronuncian sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

(46) El art. 483 del Código del Trabajo de Chile dispone que "Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia."

(47) VILLA GIL, Luis Enrique. *Ley de procedimiento laboral. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, grupo Wolters Kluwer, 1ª edición, Madrid, 2006, p. 1332.

(48) BAYLOS y otros, *Instituciones...*, Ob. cit., p. 423.

recursos en su contra. Es el caso de la reforma procesal de Uruguay en donde solo está prevista una revisión judicial de la sentencia de primera instancia a través de la apelación, al igual que en Nicaragua, en donde ya está en vigencia el Tribunal Nacional de Apelación Laboral.

La reciente Ley Procesal de Trabajo aprobada en Costa Rica, al igual que en Chile, ha eliminado la segunda instancia y mantiene el recurso de casación, como único medio de impugnación de la sentencia emitida por el juzgado de primera instancia. Sea cual fuere la opción legislativa escogida, la revisión de las sentencias de primera instancia (a través de la apelación o la nulidad) no debería de constituir un nuevo juicio en que pueda aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones o excepciones nuevas y aportarse nuevas pruebas sobre el caso.

Una tercera opción es la que admite, además de la apelación la interposición de un recurso de casación que en algunos casos deja de cumplir su función de control de legalidad y se convierte en una tercera instancia. Por cierto que mientras más revisiones de las respuestas judiciales existan en el proceso habrá menor celeridad.

IV. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS DE MENOR CUANTÍA

La doctrina y la legislación siempre han previsto procesos abreviados para cuantías menores en función de la aplicación del principio de economía del proceso. A este respecto, Couture señala que: "El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso"[49].

Así, los procesos de cuantías económicas modestas son objeto de trámites más simples, en tanto que se aumentan las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto. Las principales aplicaciones del principio de economía procesal son la simplificación en las formas del debate, la limitación de las pruebas, la reducción de los recursos, tribunales especiales, entre otros. En esta misma línea está el novedoso recurso de la inversión del contradictorio que nos ofrece el procedimiento monitorio recientemente aplicado en Chile con resultados muy satisfactorios, que se encuentra a medio camino entre un juicio declarativo y un juicio ejecutivo.

Este principio de economía del proceso tiene una enorme importancia en materia laboral, donde aproximadamente la mitad de las causas son de escaso monto pecuniario, razón por la cual las legislaciones del trabajo de América Latina siempre concedieron un lugar destacado a este tipo de causas de menor cuantía a través de diversas aplicaciones del principio de economía establecido para el derecho procesal.

(49) COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Editorial B de f, Montevideo Buenos Aires, 2010, p. 155.

En la región latinoamericana son –básicamente– tres las soluciones que se han propuesto. El procedimiento de instancia única sin apelación es la solución clásica que estuvo vigente desde la promulgación de los primeros códigos de trabajo y de los ordenamientos procesales laborales. La segunda opción, son los procedimientos abreviados de doble instancia. En tanto que la tercera, novedosa en el ámbito jurídico en general y laboral, es el procedimiento monitorio.

1. Procedimientos de instancia única y los abreviados de doble instancia

En Colombia existe el procedimiento de única instancia que es asignado a los jueces de pequeñas causas y competencia múltiple, los que desarrollan la actuación procesal en una sola audiencia. La demanda en estos procesos no requiere ser escrita, el demandado contesta la demanda oralmente en la audiencia en la que se intenta la conciliación; si fracasa se examinan las pruebas y testigos y luego sentencia en el mismo acto motivando su decisión. Contra dicha sentencia no procede recurso alguno[50]. Se considera como menor cuantía el monto que no supere diez veces el salario mínimo legal mensual vigente (aproximadamente US$ 3,133).

En *Uruguay* la reforma procesal también previó un procedimiento de menor cuantía de instancia única y de estructura similar al colombiano, con plazos bastante breves y con expedición de sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de seis días, cuya sentencia tampoco no podía ser objeto de revisión por otra instancia. El monto máximo para utilizar este procedimiento era de $ 81,000 pesos uruguayos (aproximadamente US $ 3,785)[51]. No obstante, este proceso fue declarado inconstitucional y se encuentra en trámite legislativo una modificación a la Ley 18.572.

En Centroamérica existió el procedimiento de única instancia desde la promulgación de los actuales códigos de trabajo desde mediados del siglo pasado para las causas de menor cuantía. En Costa Rica se considera como monto de menor cuantía el equivalente de US$ 4,000, que es una cantidad que comprende al 45% de los casos ingresados en el año 2010. Estos procesos se tramitan oralmente y las sentencias no son apelables. Tampoco son apelables en Panamá, donde el monto de menor cuantía está fijado en US$ 1,500, ni en República Dominicana es de menor cuantía cuando el monto no exceda de un valor de diez salarios mínimos mensuales (aproximadamente US$ 2,559). En El Salvador y Honduras, si bien tienen establecido los procedimientos de instancia única sin apelación para causas de menor cuantía, sus montos fueron fijados en sus códigos de trabajo en cifras nominales que han quedado obsoletas por la devaluación monetaria y han caído en desuso.

En Perú no existe un procedimiento de instancia única para los procesos de menor cuantía, pero sí un procedimiento abreviado que es de competencia, desde la vigencia de la nueva ley, de los juzgados de paz letrados laborales por cuantía

(50) Art. 72 del Código Procesal de Trabajo de Colombia, modificado por el art. 36 de la Ley N° 712 de 2001.
(51) Arts. 19 a 24 de la Ley 18.572, de 13 de setiembre de 2009.

no superior a 50 Unidades de Referencia Procesal (equivalente a US$ 7,019). También se tramita en audiencia única en la que se debe presentar la contestación a la demanda por escrito y en ese mismo acto deducirse las excepciones si las hubiera; también se intenta la conciliación y si esta no prospera se realiza la actuación de la prueba. El juez puede suspender la audiencia y proseguirla dentro de los 30 días si se requiriese la evacuación de informe pericial.[52] La sentencia que emita en este proceso es apelable ante los juzgados de trabajo especializados de primera instancia, sin que proceda casación.

2. Procedimientos monitorios

El procedimiento monitorio es esencialmente distinto de los procedimientos de única instancia y abreviados, aunque persiguen el mismo fin y también se orienta por el mismo principio de economía del proceso; se trata, en suma, de un tipo especial de procedimiento sumario. Hasta el momento solo ha sido aplicado en la jurisdicción laboral de Chile para causas de menor cuantía (diez ingresos mínimos mensuales, aproximadamente US $ 3,640)[53] y para las contiendas por violación del fuero maternal[54], lo que ha permitido que las causas se resuelvan en un promedio nacional de 29 días corridos, menos de un mes, lo que no tiene precedentes en América Latina. Además, con ese procedimiento se resuelven el 46.4% del total de las demandas ingresadas, según estadísticas a febrero de 2011.[55] Ninguna otra reforma procesal en América Latina ha incorporado este tipo de procedimiento, aunque sí se ha previsto en el proyecto elaborado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador que está en fase de consulta con la sociedad civil[56].

El proceso monitoreo puede ser definido como "Aquel que tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de ejecución, por medio de la inversión del contradictorio en el sentido de que este puede o no existir según que medie o no oposición del demandado"[57]. Con este concepto podemos resumir los aspectos distintivos y característicos del procedimiento monitorio: la rapidez o celeridad, el objetivo de obtener un título ejecutivo, y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción.

Morgado señala que el procedimiento monitorio es uno de los contenidos más relevantes de la reforma laboral procesal chilena y que su objetivo es evitar juicios innecesarios "cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante o demandante –que carece de un título ejecutivo– se deriva con claridad la existencia de una

(52) Artículos 48 y 49 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.
(53) Artículo 496 del Código del Trabajo de Chile.
(54) Artículo 201 del Código del Trabajo de Chile.
(55) Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, Estadísticas Nacionales. Justicia Laboral - Marzo de 2011, p. 9.
(56) Artículos 176 y ss., Propuesta de Ley Procesal Laboral. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, p. 54.
(57) De Gómez, citado por Cristóbal Macías (2002) y Pereira. <www.coleigiodeabogadosdelaspalmas. com/revistaweb/noticias/articulo1.php>.

deuda, y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor." En otros términos, es un procedimiento que no es declarativo ni ejecutivo aunque participa de características de uno y otro, tendiente a la rápida creación de un título ejecutivo. Constituye una variedad especial de juicio sumario, en el que existe "la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio"[58].

El procedimiento monitorio consta de dos fases: una administrativa, de carácter prejudicial, ante la Inspección del Trabajo, y otra judicial, ante el Tribunal competente; las causas referidas al fuero maternal se tramitan solo en sede judicial.[59] Si el juez estimare fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario las rechazará de plano. Para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado[60].

De esta forma, como señala Pereira, "de alguna manera se traspasa al demandado la valoración preliminar de la prueba, para que adopte la decisión si impugna o no la primera resolución del tribunal. Como precisa Gómez Amigo, refiriéndose al procedimiento monitorio europeo: 'La descripción de pruebas no va dirigida al órgano jurisdiccional, sino al demandado, para que pueda identificar plenamente la deuda que se reclama y también calcular, en su caso, si le compensa oponerse o simplemente pagar, teniendo en cuenta sus posibilidades de éxito en un proceso declarativo posterior, a la vista de las pruebas descritas.' "[61]

La característica más destacada del procedimiento monitorio es sin duda la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio, la que, según Pereira, es la que tal vez resulta más difícil de comprender en nuestra cultura procesal, dado que en apariencia se afecta la bilateralidad y el derecho a ser oído. Es que el juez resuelve sobre el fondo de la controversia pudiendo acoger la demanda y ordenar el pago de lo debido, sin escuchar al demandado, el que en todo caso se puede oponer[62]. Solo si se opone, se activa la etapa de contradicción, lo que ocasiona que se cite a audiencia única en la que contesta oralmente la demanda y ofrece sus pruebas. En consecuencia, queda la iniciativa de activar la contradicción a la decisión del demandado. Sobre este aspecto, Álvaro Pérez, citado por Pereira,

(58) MORGADO VALENZUELA, Emilio. *El actual sistema procesal laboral y previsional en Chile*. Multigrafiado, San Salvador, El Salvador, 29 de agosto de 2011, p. 32.
(59) Artículo 497 del Código del Trabajo.
(60) Artículo 500 del Código del Trabajo.
(61) PEREIRA LAGOS, Rafael, "Procedimiento abreviado laboral: la experiencia chilena y la incorporación de un procedimiento monitorio laboral", en: *Nueva Ley Procesal de Trabajo*. Ley 29497, Ob. cit, p. 109.
(62) En el mismo artículo 500 del Código del Trabajo se prevé la posibilidad de reclamar, esto es, oponerse a la resolución que acoge las pretensiones del demandante en el plazo de diez días hábiles contado desde su notificación, en cuyo caso "el juez cita a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación."

señala que "(...) de este modo el silencio toma relevancia en beneficio de la requiriente habiendo tenido el requerido la posibilidad de oponerse"[63].

Por esto indica Pereira, citando a Macías, que resulta difícil clasificar el procedimiento en declarativo o ejecutivo y que se ha sostenido que se encuentra a medio camino entre ambos procedimientos, ya que al obviar la etapa de discusión o contradicción no estaríamos frente a un procedimiento declarativo; pero como el actor no cuenta con un título ejecutivo –el que precisamente pretende obtener- tampoco podríamos calificarlo como de ejecución[64].

Adicionalmente está en manos del juez decidir si da inicio al procedimiento con el mandato de pago o si cita a audiencia única en la contestación a la demanda es oral, activando de esta forma el principio de contradicción. En efecto, "en caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la reclamación. El juez deberá dictar sentencia al término de la audiencia, la que deberá contener las menciones señaladas respecto del procedimiento de aplicación general, con excepción de: (i) la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, y (ii) el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación"[65]. En consecuencia, se faculta al juez para el dictado de una sentencia oral abreviada que se emite en la misma audiencia. Las resoluciones dictadas en el procedimiento monitorio son susceptibles de ser impugnadas por medio de todos los recursos establecidos en el Código del Trabajo, con excepción del recurso de unificación de jurisprudencia.

Pereira[66] señala que el proceso monitorio es una institución procesal poco conocida en nuestra cultura jurídica pero de gran potencialidad como instrumento que salvaguardando la bilateralidad y derecho de las partes, permite evitar procesos inútiles donde la contradicción resulta innecesaria pero que debe cumplirse por la estructura procesal, destinando los tribunales y las partes recursos que podrían dirigirse a otros asuntos[67]. Según da cuenta Pereira, el profesor Álvaro Pérez, nos hace presente, citando el documento base para la reforma procesal civil en Chile, que "la gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación"[68].

(63) Ibídem, p. 110.
(64) Ídem.
(65) Morgado, Ibídem.
(66) PEREIRA, Rafael, *El procedimiento monitorio laboral*, Abelardo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 5 y ss.
(67) PEREZ, Álvaro (2006), *Revista de Derecho*, Vol. XIX N° 1, julio 2006, Valdivia, pp. 205-235, citado por Pereira.
(68) PEREZ, Alvaro, Ob. cit., citado por Pereira.

El procedimiento monitorio se remonta al siglo XIII en lo que ahora es Italia y en la actualidad la mayoría de los países europeos lo considera como un mecanismo expedito para el cobro de sumas de dinero en forma simplificada. En la Unión Europea la Directiva 35/2000 dispuso que "los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda"[69].

V. MODALIDADES ESPECIALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En las experiencias latinoamericanas de reforma procesal Chile, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, y Perú, han incluido diversas modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales. El proyecto en preparación de *El Salvador* también incluye un procedimiento especial.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes a la condición de persona o ciudadano de carácter indisponible e inalienable, son derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas o, en cuanto a ciudadanos, con independencia de las concretas características de cada ordenamiento constitucional nacional, pues lo que define el derecho fundamental es su contenido, no el modo en que estén regulados y protegidos en cada ordenamiento nacional[70].

Adicionalmente, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT del año 1998, precisó los derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito del trabajo: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva, b) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, c) la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, y d) la abolición efectiva del trabajo infantil. Estos principios responden a la idea de valores esenciales, y aun cuando ocho convenios han sido calificados por el Consejo de Administración de la OIT como fundamentales[71], son principios aplicables sin necesidad de ratificación o adhesión. Aunque algún país no haya ratificado alguno de los convenios fundamentales, todos los miembros de

(69) MACIAS, Cristóbal (2002), www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php, citado por Pereira.
(70) Cfr. GUILLÉN OLCINA, Jorge, siguiendo a Luigi Ferrajoli, "Los procedimientos especiales para la protección de derechos fundamentales y conflictos colectivos", en: *Nueva Ley Procesal de Trabajo*. Ley 29497, Ob. cit, p. 75.
(71) Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

la OIT tienen la obligación ante sí mismos y ante los compromisos adquiridos en tanto Estados Miembros de poner en práctica los principios generales que originan estos derechos, en la medida que son la expresión de unos valores que fueron aceptados al adherirse libremente a la Constitución. Este es el mandato específico que fue especialmente confirmado en la citada Declaración.

A diferencia de los Convenios, que una vez ratificados originan obligaciones jurídicas específicas, la Declaración, por expresar normas del *ius cogens* internacional, no está sujeta a ratificación en la medida que reafirma principios generales de aceptación universal. En consecuencia, los derechos fundamentales del trabajo son tales, no por su reconocimiento explícito o implícito en las Constituciones de los países, sino por el contenido que estos tienen y que son de carácter universal.

Resuelto esto, se debe establecer el tipo de garantías jurídicas que debe tener todo ordenamiento jurídico nacional para que estos derechos fundamentales sean adecuadamente protegidos en casos de una eventual vulneración. En efecto, no se puede hablar de derechos si en un Estado no existen procedimientos adecuados y eficaces para garantizar el goce y el ejercicio de estos.

En tal sentido hay que tener presente que garantía jurídica alude a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo por la vía de establecer obligaciones o prohibiciones. Así los derechos fundamentales requieren por su naturaleza de una legislación especial que los haga aplicables en la medida que requieren ser tutelados y garantizados por los poderes públicos de manera más rigurosa que los de mera legalidad ordinaria. La protección contra su posible vulneración hace preciso contar con instrumentos diversos dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales[72].

En tal sentido, en un Estado democrático, los derechos fundamentales en el trabajo deben garantizarse con el máximo rango, con la máxima importancia, y con la máxima fuerza jurídica[73]. Por lo tanto, para la tutela judicial de estos derechos no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario, sino que deben establecerse determinados elementos caracterizadores del proceso:

a) Carácter preferente y sumario.

b) Reglas simples y de celeridad acentuada.

c) Medidas cautelares que preserven de los efectos irreparables que puede ocasionar en algunas circunstancias la agresión de los derechos fundamentales, que puedan implicar la suspensión inmediata del acto impugnado.

(72) Cfr. GUILLÉN, Ob. cit., p. 79.
(73) Cfr. SANGUINETTI, Wilfredo, *La tutela de los derechos fundamentales en la Ley Procesal Peruana. Un estudio específico de la libertad sindical*, Universidad de Salamanca.

d) Inversión de la carga probatoria, de manera que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración.

e) Ejecución de la sentencia goce de ejecutividad inmediata provisional desde que se dicta, cualquiera sea el sentido del fallo, sin necesidad de esperar a la firmeza para la ejecución del fallo condenatorio, dado el especial interés de orden público a que se restituya la situación que existía en el momento anterior a producirse la lesión[74].

Estos criterios han sido reconocidos por la OIT en diversos instrumentos internacionales en los que insta a los gobiernos a garantizar los derechos fundamentales a través de mecanismos que otorguen adecuada protección y garanticen una reparación eficaz.

En efecto, las normas de la OIT y sus órganos de control, refiriéndose a la aplicación de derechos fundamentales, hacen referencia a "protección eficaz",[75] "procedimientos especiales de recurso accesible",[76] "el establecimiento de una reparación eficaz"[77], "las autoridades encargadas de examinar el caso, ya sean tribunales ordinarios u organismos especializados, deben disponer de todas las facultades necesarias para poder emitir rápidamente su fallo"[78]; y adicionalmente, cuando se alude a "procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y condiciones de una relación de trabajo"[79], entre otros.

Al respecto, el Convenio 98 establece que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo" (art. 1). Este mandato ha sido complementado por el Convenio 135, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, cuando señala que: "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos comunes en vigor" (artículo 1).

(74) Cfr. GUILLÉN, Ob. cit., pp. 88 a 92.
(75) Convenio 98, art.1
(76) Recomendación núm. 143, 6, 1, c).
(77) Recomendación núm. 143, 6, 1, d).
(78) OIT, La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ta Edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 219, pág. 108.
(79) Recomendación núm. 198, 4, e).

De otra parte, la Recomendación núm.143[80], sobre los representantes de los trabajadores, además de insistir en la misma necesidad de protección eficaz, señala taxativamente que entre las medidas de protección se deben incluir **procedimientos** especiales que incluyan reparaciones eficaces como el reintegro al centro de laborales, el pago de salarios no cobrados y el mantenimiento de derechos adquiridos; así mismo, señala que el empleador debería tener la obligación de probar que no ha tenido una conducta antisindical.

Por todo lo anterior, los procesos judiciales que garanticen los derechos fundamentales del trabajo deben ser, eficaces, sencillos y deben otorgar adecuada reparación a la vulneración del derecho. Estos procedimientos judiciales deben comprender reglas especiales que refuercen la protección: ser sumarios por entender que la violación de este derecho debe ser urgentemente reparado, la abreviación de los plazos procesales, la suspensión de algunos trámites, o su concentración debe ser característica de estos procesos. Además, tales procedimientos deben ser preferentes, que sean tramitados antes que otros, incluso de las que fueron ingresadas con anterioridad al despacho judicial. Debe operar la inversión de la carga probatoria, es decir, debe corresponder a la parte demandada demostrar que no habido vulneración de algún derecho fundamental, ya que de lo contrario sería siempre un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia que el demandante pruebe la vulneración de un derecho fundamental[81].

Sin embargo, para que esta inversión de la prueba opere el demandante debe acreditar la existencia de indicios que genere al juzgador la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se está vulnerando algún derecho fundamental del trabajo. Además, el proceso judicial sumario debería dar la posibilidad al actor de solicitar, en casos extremos, la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, lo que debiera operar exclusivamente cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

En tales casos el juez debería poder citar a una audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas), en la que solo se admitan alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, y en la que el juez se pronuncie de inmediato dictando sentencia de viva voz adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

(80) Véase especialmente los numerales 6.1 y 2.

(81) OIT. Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (num, 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949, numerales 217 y 218, Ginebra: OIT; 1994, p. 107.

Posteriormente se citaría a la audiencia de juicio y la sentencia declararía la existencia o no de la situación denunciada, y en caso afirmativo, ordenaría el cese definitivo del comportamiento antisindical o de lesión de otros derechos fundamentales y la reposición de la situación anterior a producirse el mismo. En este caso el órgano judicial debería dictar sentencia en un plazo máximo de 3 días luego de la audiencia de juicio, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

En Chile, conforme señala Tapia, la reforma procesal laboral incorporó la "tutela de los derechos fundamentales" en forma bastante amplia, y no solo vinculados al trabajo, refiriéndose a "aquellos casos en los que se ha producido vulneración de los derechos reconocidos en el inciso 1° del núm. 1 del artículo 19 constitucional, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; en el núm. 4, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; en el núm. 5, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; en el núm. 6 inciso primero, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público; en el núm. 12 inciso 1°, la libertad de opinión y al de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio; y en el núm. 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso 4, cuando estos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades de dirección del empleador. También es competencia del tribunal cuando se trata de actos discriminatorios de acuerdo al artículo 2 del Código del Trabajo, con excepción de su inciso sexto" [82]. Respecto al procedimiento se dispone que este tipo de causas gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal[83]; así mismo se dispone que el juez podrá disponer en la primera resolución que dicte la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando aparezca de los antecedentes que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles[84]. Así mismo se establece la inversión de la carga probatoria cuando resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales[85]y se dispone el dictado de la sentencia en la misma audiencia[86]. En la sentencia se dispone que el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada[87].

En Colombia se tiene establecido un procedimiento especial que tiene por objeto obtener el permiso para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical,

(82) TAPIA GUERRERO, Francisco, "El nuevo procedimiento en juicio del trabajo en la Ley 20087/06", multigrafiado, p. 11. Una primera versión de este trabajo se publicó en *Revista de Derecho Social Latinoamérica* N° 2, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2007.

(83) Artículo 488 del Código del Trabajo.

(84) Artículo 492 del Código del Trabajo.

(85) Artículo 493 del Código del Trabajo.

(86) Artículo 494 del Código del Trabajo.

(87) Artículo 495 del Código del Trabajo.

o cuando fuere desmejorado en sus condiciones de trabajo sin justa causa. Asímismo se protege al trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral[88]. Para esos efectos se establece un procedimiento breve y de plazos cortos: recibida la demanda el juez emite providencia en las 24 horas siguientes corriendo traslado de la demanda y citando a audiencia a las partes que tendrá lugar dentro del quinto día hábil de la notificación. El demandado contestará la demanda y propondrá excepciones en la misma audiencia, donde también se deciden las excepciones previas y el saneamiento del proceso y la fijación del litigio. Luego se decretan y practican las pruebas y se pronuncia el fallo correspondiente. Si no fuere posible dictarlo inmediatamente, se cita para una nueva que tendrá lugar dentro de los dos días siguientes. Este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre inversión de la carga probatoria, ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

La reforma procesal de Costa Rica dedica una sección a la protección de fueros especiales comprendiendo a mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, a trabajadores adolescentes, trabajadores cubiertos por el fuero sindical, a víctimas de hostigamiento sexual o discriminación por cualquier causa, u otros trabajadores que gocen de algún fuero semejante, entre otros. Se dispone un trámite denominado debido proceso ante diversas instituciones dependiendo del régimen laboral del trabajador para que autoricen el despido previamente antes que se produzca, salvo en causas que sean de tal gravedad que imposibiliten el desarrollo normal de la relación laboral. Para que sea válido el despido el empleador deberá comprobar la falta ante el órgano del debido proceso correspondiente y obtener su autorización por resolución firme[89].

Cuando se viole este trámite de debido proceso se puede interponer solicitud de tutela ante el Juzgado de Trabajo competente, cuyo trámite tiene carácter preferente posponiendo cualquier asunto de diversa naturaleza que se tramite en el despacho. El juez solicitará a la demandada en las 24 horas siguientes un informe detallado acerca de los hechos que motivan la acción. En caso de actuaciones con resultados lesivos, en la misma resolución se podrá disponer la suspensión de los efectos del acto y la parte accionante quedará respuesta provisionalmente a su situación previa del acto impugnado, y se ejecutará la medida de manera inmediata[90]. Si no se responde dentro del término se declara con lugar la acción, y en caso contrario, el informe rendido se pone en conocimiento a la parte accionante. Solo si fuere necesario evacuar pruebas no documentales se convocará a una audiencia en forma prioritaria de otros asuntos del despacho, oportunidad en la cual se dictará

(88) Artículos 113 y 118 Del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.
(89) Artículos 540 y 541, reformados por el proyecto de Ley Procesal Laboral, Expediente N° 15.990.
(90) Artículos 542 y 543, reformados por ibíd.

sentencia. Si esta fuere favorable se decretará la nulidad que corresponda y se repondrá a la situación previa del acto que dio origen a la acción y se condenará al empleador a pagar los daños y perjuicios causados, la respectiva reinstalación con el pago de salarios caídos[91].

En Nicaragua el proyecto aprobado en primer debate se incluye el procedimiento especial para la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales en el trabajo, entendiéndose por estos los referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998. Se otorga a la tramitación de estos procesos el carácter urgente a todos los efectos y preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado, así como se dispone la posibilidad que el actor pueda solicitar en su demanda la medida cautelar de suspender los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación. Al día siguiente de admitida la demanda se cita a las partes a una audiencia preliminar donde solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada y el juez resuelve en el mismo acto de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación[92]. Admitida la demanda a trámite el juez cita a las partes a una audiencia de conciliación y juicio, en la que si se constata la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical o cualquier otro derecho fundamental, corresponderá al demandado la carga de probar la ausencia de discriminación. El juez deberá dictar sentencia en el plazo de tres días desde la celebración de la audiencia. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada y ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical o la conducta impugnada y la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la indemnización que proceda. Si el despido es declarado arbitrario por discriminatorio o con lesión de la libertad sindical o demás derechos fundamentales, el juez condenará al empleador al reintegro obligatorio en el mismo puesto y condiciones de trabajo con el pago de los salarios dejados de percibir[93]. La sentencias dictadas en estos procedimientos son ejecutables provisionalmente no obstante el recurso de apelación que pueda formularse contra las mismas. Cuando se apele de la sentencia el empleador estará obligado a abonar al trabajador los salarios que se vayan devengando hasta que se dicte sentencia firme y definitiva. En caso que la sentencia fuese revocada el trabajador no estará obligado a retornar los salarios de esta manera percibidos. Cuando sea el Estado de Nicaragua o las municipalidades la parte

(91) Artículos 542 a 545, reformados por ibíd.
(92) Artículos 106, 107, 108 y 109 del proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.
(93) Artículos 110 a 112, ibíd.

demandada, el funcionario que se niegue al cumplimiento de esta obligación deberá pagar una multa de hasta el 50% de la obligación principal[94].

En Perú es competencia de los juzgados especializados de trabajo conocer en primer instancia a través del proceso abreviado las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical[95]. La ley faculta al juez para dictar como medida cautelar, fuera o dentro de proceso, la reposición provisional si el demandante ha sido dirigente sindical al momento del despido o haber estado gestionando la conformación de una organización sindical[96]. El proceso abreviado laboral incluye la admisión de la demanda, emplazamiento del demandado para que conteste la demanda en un plazo de diez días hábiles y la citación a audiencia única. La contestación a la demanda se entrega en la misma audiencia única al demandante y se le otorga un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los 30 días hábiles siguientes si se requiriese la evacuación de un informe pericial[97]. Al igual que en Colombia, este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre carga probatoria ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

VI. MODALIDADES ESPECIALES PARA CONFLICTOS COLECTIVOS JURÍDICOS

De todas las reformas procesales Nicaragua es la única que alude a modalidades especiales para procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico. En los demás países, si bien se reconoce legitimación procesal a los sindicatos para acciones de naturaleza colectiva, no se establecen reglas especiales sobre legitimación procesal para demandar, ámbito de afectación, el carácter urgente y preferente, así como efectos de cosa juzgada de la sentencia, como corresponde al principio de seguridad jurídica, pues el caso se discute una sola vez para el colectivo de trabajadores que lo plantee.

El proyecto de Nicaragua dispone que se tramitarán a través de dicho proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una ley, convenio colectivo o de una decisión o práctica de la empresa[98]. Se confiere legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos a los sindicatos y a las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Se establece como requisito necesario para la tramitación del proceso

(94) Artículo 140 ibíd.
(95) Artículo 2.3 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.
(96) Artículo 55, a) y b), ibíd.
(97) Artículos 48 y 49, ibíd.
(98) Artículo 113 del Proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.

el intento de conciliación ante el Ministerio de Trabajo o ante los órganos de conciliación establecidos en los convenios colectivos. Los procesos tienen el carácter de urgente y la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La audiencia de juicio será oral y la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto[99].

El proceso de conflicto colectivo posibilita colectivizar la acción procesal mediante el ejercicio de una única acción en el ámbito de la empresa o superior a ella para ventilar las legítimas discrepancias o conflictos que habitualmente surgen en la interpretación de los convenios colectivos y de otras normas laborales. El objeto de esta modalidad procesal son las cuestiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores relativas a la aplicación o interpretación de una norma, convenio colectivo o una decisión práctica de la empresa. Es el interés general de un grupo de trabajadores la nota distintiva esencial[100].

De la Villa señala que: "[e]l proceso de conflicto colectivo encauza una pretensión de relevancia colectiva, en la que litigan sujetos también colectivos en representación de los trabajadores y empresas afectadas. En general y descriptivamente, atendiendo a las características más habituales, esta modalidad procesal se propone resolver litigios de contenido jurídico que afecten a una pluralidad de trabajadores mediante sentencia declarativa que interpreta el derecho aplicable. La traducción o implementación a los casos concretos de los trabajadores afectados se realiza posteriormente, en defecto de cumplimiento espontáneo de la sentencia, a través de los procesos ordinarios en la que ya se parte de la base del derecho declarado en la sentencia colectiva"[101].

De otro lado, esta modalidad procesal sirve también de instrumento de reforzamiento de la eficacia de los convenios colectivos y de la negociación colectiva que les da origen. Por esto es que se afirma que "esta modalidad de conflicto colectivo se convierte en el instrumento procesal de afianzamiento de la aplicación real de lo pactado por los interlocutores sociales. La atribución de eficacia normativa y *erga omnes* atribuida al convenio desde la Ley viene complementada con la introducción de una institución procesal ad hoc que la refuerce en el momento aplicativo"[102].

Esta modalidad procesal contribuye también a la homogeneización de las condiciones de trabajo en el seno de la empresa. Por esto se señala que "Este proceso se convierte en el vehículo idóneo para proporcionar una solución aplicativa uniforme de la norma jurídica a la generalidad de los trabajadores en cada unidad productiva.

(99) Arts. 113 a 120, ibíd.
(100) Cfr. GUILLÉN, Ob. cit., p. 94 y sigs.
(101) De La Villa, Ob. cit., pp. 1121-1122.
(102) BAYLOS y otros, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Ob. cit., p. 232.

A diferencia del proceso individual que puede provocar resoluciones contradictorias sobre un mismo objeto entre diversos trabajadores de una misma empresa, la sentencia colectiva por su rasgo de generalidad proporciona una respuesta única para todos aquellos que se encuentran en idéntica solución"[103].

Teniendo en cuenta lo anterior, la demanda en esta modalidad de proceso, solo contiene la designación general de los trabajadores, y eventualmente, empresarios afectados por el conflicto en el caso de un convenio de industria, lo que es consecuencia lógica de su carácter de conflicto colectivo. "No es posible exigir la precisión concreta de los afectados, por cuanto que se trata de un conflicto que afecta a un grupo genérico de trabajadores; lo contrario supondría convertirlo en conflicto plural"[104].

El proceso de conflicto colectivo es una novedad importante en materia procesal laboral pues tiende a aligerar la carga procesal al concentrar un solo proceso innumerables casos individuales idénticos, que solo se diferencian en la cuantía de los reintegros que corresponderían a cada trabajador. En este proceso se tratan de controversias sobre interpretación o aplicación de normas que afectan a un "grupo genérico de trabajadores", y por tanto, la jurisdicción laboral debe darle el tratamiento de un solo proceso. No tiene ningún sentido que el Estado desperdicie sus escasos recursos realizando decenas y centenares de procesos idénticos, cuando podría realizar uno solo con mayor profundidad y sin el riesgo de incurrir en sentencias contradictoras que solo generan mayores pleitos.

Como quiera que este proceso afecta a un colectivo de trabajadores, y por tanto se trata de una afectación mayor que un caso individual, debe también tener carácter de urgente y la preferencia en el despacho debería ser absoluta sobre cualquiera otra, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

En estos procesos, el objeto litigioso es la forma cómo debe aplicarse la ley o el convenio a un colectivo de trabajadores, sin que sea necesario establecer sumas líquidas de reintegros salariales. Con los criterios establecidos en la sentencia, las sumas resultantes a pagar, si las hubiera, son liquidadas espontáneamente por la parte demandada, y si con posterioridad subsisten discrepancias sobre la forma liquidar los posibles reintegros a que haya lugar, los trabajadores podrían interponer demandas individuales que luego pueden acumularse y resolverse también en forma conjunta.

De otra parte, debe aclararse que esta modalidad procesal de conflictos colectivos jurídicos excluye los conflictos de intereses. Normalmente los conflictos de intereses, económicos, de revisión, no debieran ser actividad jurisdiccional ya que su ámbito se circunscribe a la aplicación de una norma legal, convencional o

(103) Ídem.
(104) Ibidem, p. 248.

contractual preexistente, o de otra índole, al caso concreto, con lo que quedarían excluidas las reivindicaciones dirigidas a la alteración o modificación de una norma legal o una práctica empresarial.

No obstante, en Centroamérica Costa Rica, Guatemala, Panamá y República Dominicana han optado por conferir competencia a los juzgados de trabajo para arbitrar en forma obligatoria las negociaciones colectivas que no hayan podido concluir por acuerdo entre las partes. A estos procedimientos se les denomina "procesos de conflictos colectivos", cuyo ámbito material es el antes indicado. Conviene enfatizar que los conflictos colectivos a los que nos hemos referido en este acápite son los de naturaleza jurídica exclusivamente.

VII. ESPECIALIZACIÓN DE JUECES Y CAPACITACIÓN DE ABOGADOS LITIGANTES

La justicia especializada de trabajo es considerada una condición *sine qua non* para la adecuada aplicación de un eficiente sistema oral de justicia en materia de trabajo. Los jueces y magistrados deben interpretar y aplicar las normas laborales sustantivas y procesales según los principios informadores y operacionales del derecho del trabajo. Asímismo, deben tener un conocimiento exacto de la normativa laboral tanto nacional como internacional y conocer el desarrollo jurisprudencial que va modelando y evolucionando la disciplina. Todo ello hace necesario que el juez cuente con un bagaje muy amplio de conocimientos especializados en derecho de trabajo.

Adicionalmente, se exige jueces conocedores del derecho sustantivo laboral que también posean habilidades para intervenir con autoridad en la audiencia y entender, las posturas, razones o argumentos del debate, capaces de dirigir las intervenciones de los litigantes, para evitar las repeticiones o redundancias innecesarias.

Se precisan también conocimientos y habilidades específicas para gestionar y verificar la prueba, limitando su admisión y práctica únicamente a los hechos que puedan fijarse como controvertidos e inciertos.

Jueces con agilidad y perspicacia para iluminar y averiguar los hechos con facultad de interrogar con preguntas precisas a las partes, testigos y peritos, en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de sus declaraciones y valorarlas adecuadamente. Que sepan fundamentar y motivar sus sentencias con la debida congruencia interna; pero también resolver con prontitud, sin titubeos, e insensibles a influencias externas en audiencias públicas. Por todo ello, es necesario contar con jueces con alta especialización y con habilidades profesionales adecuadas para solucionar en forma efectiva los conflictos laborales sometidos a la jurisdicción laboral.

Entre las ventajas de la alta especialización de la judicatura laboral, Gudiño ha señalado que: "Los tiempos de solución de problemas de estudio por cada

expediente se abrevian; se profundiza en aquellos aspectos técnicos finos que todas las materias tienen, logrando así la calidad y excelencia requerida en las resoluciones judiciales; permite controlar mejor el crecimiento del poder judicial, pues se sabrá qué tipo de materias son las que están teniendo mayor incremento y ahí irán los magistrados; permite una mejor selección de los miembros del poder judicial en función de la especialidad, ya no bastará simplemente hacer concursos generales para jueces y magistrados, efectuándose concursos especializados; disminuye la probabilidad de revocación o modificación de resoluciones emitidas por el juzgado especializado. Lo anterior, debido al mismo conocimiento y dominio de los aspectos finos de la materia a la que el juzgador se encuentra asignado; y, contribuye en gran medida a la satisfacción general del derecho público subjetivo (...) respecto a la administración de justicia pronta, completa e imparcial"[105].

A modo de referencia debe tenerse presente que la Unión Europea la jurisdicción laboral o social como jurisdicción especializada es la regla general. En efecto, "la jurisdicción social como jurisdicción especializada se erige, sin duda alguna, como modelo dominante en los sistemas jurisdiccionales europeos. A este modelo responden, entre otros, los sistemas de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Inglaterra, Finlandia y Noruega"[106].

San José de Costa Rica, 16 de setiembre de 2012

(105) GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. "Especialización como condición para la excelencia de los Tribunales Colegiados de Circuito". En: *Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano. México*: (s.e), 2004; p. 8, en: <http://www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/publicacion.aspx>.

(106) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: Convergencias y divergencias*, mayo 2008, p. 15, en: <http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia_laboral/jurisdicciones-socialesunioneuropea.pdf>.

¿EL JUEZ LABORAL TODO LO PUEDE?: A PROPÓSITO DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Roberto Gabriel MATALLANA RUIZ

Abogado Consejero del área laboral y jefe del área procesal laboral del Estudio Miranda & Amado abogados. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico

SUMARIO I. Introducción. II. Los sistemas procesales. III. El rol protagónico del juez en el proceso laboral. IV. La regulación de la prueba de oficio. V. Límites a la iniciativa del juez en materia probatoria. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La práctica profesional me ha permitido ver con mayor frecuencia que los jueces laborales de primera instancia vienen ordenando diligencias investigadoras o alguna prueba de oficio. Este actuar se debe a propia iniciativa del juez o por algún mandato superior que le ordena que realicen dicho actuación.

Es importante señalar que no existe un criterio jurisprudencial uniforme respecto a los alcances y límites de la prueba de oficio por parte del juzgador, generándose de esta forma situaciones contradictorias dentro de la tramitación de los procesos laborales.

Con la promulgación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), revisaremos esta institución y evaluaremos si la norma procesal laboral ha dado solución a la controversia antes señalada.

En los párrafos siguientes, revisaremos los sistemas procesales imperantes, el rol protagónico del juez en el nuevo proceso laboral, la regulación de la prueba de

oficio en la doctrina más representativa y concluiremos en señalar cuáles son los límites que tiene un juez al establecer pruebas de oficio.

II. LOS SISTEMAS PROCESALES

Los sistemas procesales no son exclusivos del Derecho Laboral, por el contrario son instituciones del proceso en general. En la doctrina procesal se reconoce dos grandes sistemas: El dispositivo y el inquisitivo[1]. Algunos autores lo han clasificado en liberalismo o intervencionismos y otros en privatístico o publicístico[2].

Pero en conclusión, podemos señalar que, el sistema procesal llamado dispositivismo, liberalismo o privatístico se caracteriza porque el dominio del proceso está reservado a las partes. En ese sentido, corresponde exclusivamente a las partes en un litigio el ejercicio de la acción y el planteamiento de la pretensión procesal, fijando de esta manera la cuestión litigiosa, los medios probatorios que convienen a sus pretensiones y la facultad exclusiva de impugnar las decisiones judiciales. Es en este sistema procesal que el juez desempeña un papel pasivo y que solo espera la etapa de la sentencia para emitir su decisión final.

En cambio, para el sistema procesal llamado también inquisitivismo, intervencionismo o publicístico, el proceso es un instrumento jurídico para satisfacer los intereses sociales con prescindencia de los intereses de los particulares. De esta forma, lo que se busca es mantener el orden público, por lo tanto, el dominio y control del proceso recae en el Juez como representante del Estado, y de esa manera le corresponde al juez un rol más activo promoviendo de oficio la acción procesal, la investigación y la impugnación, etc.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo es un sistema procesal inquisitivismo, intervencionismo o publicístico, cuya finalidad primera es otorgar efectivamente la tutela jurisdiccional requerida para la reivindicación de los derechos laborales, en el marco del Estado Constitucional[3].

Una vez definido el sistema procesal imperante, revisaremos el rol que debe cumplir el juez en el nuevo sistema procesal.

(1) GONZALES-PRATTO, Isabel y Elmer HUAMÁN ESTRADA. "La prueba de oficio en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Estudio sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 430.

(2) DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. "Los límites a los medios probatorios de oficio en el proceso civil". En: Derecho y Cambio Social N° 9, Año 4, 2007. Esta publicación puede ser encontrada en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/pruebas%20de%20oficio.htm>.

(3) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* ARA Editorial, Lima, 2011, p. 38.

III. EL ROL PROTAGÓNICO DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL

Para los laboralistas no está en discusión que en toda relación laboral (trabajador-empleador) exista una desigualdad material y, en ese sentido, constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales el derecho del trabajo busca compensar dicha desigualdad a nivel jurídico, es decir, nivelando la balanza con la protección del trabajador.

Esta es una manifestación típica del rol tuitivo que debe tener el Estado, pero también es cierto que, la desigualdad de la que hablamos anteriormente suele trasladarse al plano procesal y en especial en la desigualdad probatoria que tiene el trabajador para enfrentar un proceso.

Es en ese sentido que, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT señala lo siguiente: "En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran la igualdad real de las partes (...)".

Algunos autores plantean que el proceso laboral debe seguir la lógica de la norma sustantiva en general, es decir, que el Estado debe mantener un rol tuitivo, y en ese sentido, es el juez que deberá aplicar al proceso el principio protector, asumiendo de esta forma este rol tuitivo.

Somos de la opinión que el artículo III del Título Preliminar de la NLPT no supone un mandato de protección o favorecimiento al trabajador independientemente de la constatación de una situación de desigualdad que debe ser compensada. Este artículo no obliga ni menos califica al juez como protector del trabajador, pues ello pondría en entredicho su posición como tercero imparcial frente a un conflicto. Y de esta forma se estaría desconociendo la igualdad procesal que se exige en todo proceso y que es una manifestación del debido proceso.

Es más, nosotros consideramos que el juez en su calidad de rol activo en el proceso debe garantizar la igualdad de la partes[4][5] y si este comprueba una situación de desigualdad deberá ejercer sus facultades inquisitivas con limites –que explicaremos más adelante– con miras a no reemplazar al trabajador en sus cargas y responsabilidades.

La pregunta que nos hacemos, sería la siguiente: ¿Es el juez laboral el encargado de compensar la desigualdad procesal de las partes? La respuesta es categóricamente NO. Como lo señala ALVARADO VELLOSO los jueces en América Latina en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad, vulnerando de

(4) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo" En: *Texto base de la ponencia presentada al XXVI Congreso Nacional Colombiano de derecho Procesal*, Bogotá, 2005, p. 227.

(5) MORELLO, Augusto Mario. "La prueba. Tendencias modernas" Librería Editora Platense, 2ª Edición ampliada, Buenos Aires, 2001, p. 185. El autor señala que "El juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil; vigila, orienta, explora y gestiona prueba".

esta forma la garantía del debido proceso. El problema surge con los jueces laborales que tienen instaurada la cultura paternalista y que son los encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance.(6)

Comparto la opinión de ALVARADO VELLOSO y es más, estoy convencido que la desigualdad real debe ser combatida, pero no por el Juez que es el encargado de asegurar la igualdad jurídica de las partes procesales. Es en la NLPT que se ha buscado compensar la desigualdad procesal diseñando un proceso con características especiales, plagado de disposiciones "matizadoras de la igualdad de las partes entendidas en sentido formal"(7).

La NLPT tiene normas que regulan la compensación de desigualdad en el plano procesal, y que a modo de ejemplo, señalamos algunas:

1. Con relación a la carga de la prueba la regla general es quien alega un hecho debe probarlo. Y quien contradice ese mismo hecho, alegando otros, debe probarlos también. Pero no siempre quien alega un hecho está en las mejores condiciones para probarlo. En por eso que, el proceso laboral ha impuesto la carga probatoria a quienes cree que están en la mejor condición para poder esclarecer una situación específica dentro de un proceso, y en el supuesto de no ser cumplida podría generar efectos perjudiciales, es decir, la norma de manera general impone una obligación a una de las partes que está en mejores condiciones de probar y si no lo hace deberá asumir los efectos negativos de su conducta(8).

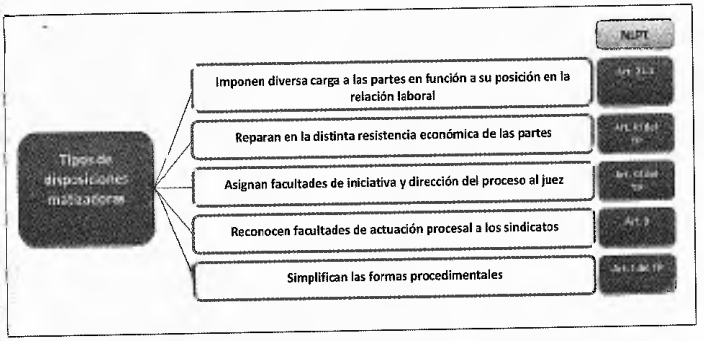
2. La acción tuitiva por parte del Estado a favor del más débil de la relación laboral se manifiesta en la implementación de la gratuidad del proceso para el trabajador. En la NLPT hay evidencias de la gratuidad procesal que caracteriza al nuevo proceso laboral, en el cual se señala que el proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto de la pretensión no exceda de lo establecido por ley(9).

3. Como mencionan VINATEA y TOYAMA, el nuevo proceso laboral requiere de un cambio de estructura del sistema de administración de justicia a diferencia de lo que hasta la fecha venia ocurriendo en el proceso laboral. Antes el juez asumía una limitada participación en el proceso, en cambio ahora, en el nuevo proceso laboral el juez es quien ocupa el papel principal debido a las funciones que este asume. En el proceso oral que se caracteriza por la inmediación permite al juez involucrarse más activamente en el desarrollo del proceso en busca del esclarecimiento de la verdad.

4. Otro elemento de la compensación de la desigualdad en el plano procesal es el ejercicio de la representación de los sindicatos en la defensa de sus dirigentes y afiliados, o la amplia legitimidad extraordinaria que se otorga a distintas entidades públicas y privadas para la defensa de determinados derechos(10).

5. Y por último, las principios del proceso laboral constituyen el fundamento de para la búsqueda de la simplificación de los procedimientos en este nuevo proceso laboral.

En ese sentido, podemos resumir lo señalado anteriormente en la siguiente imagen:



Las compensaciones de las desigualdades que ocurren también dentro de un proceso laboral han sido dadas por la ley y estas están presentes en la NLPT y mal haría el juez, además de pretender otorgar un rol tuitivo a la parte trabajadora, cuando esta no es su función, por el contrario le corresponde al juez ser imparcial(11).

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que la prueba de oficio es otra manifestación de combatir la desigualdad y en ese sentido, procederemos a analizar esta institución en el capítulo siguiente.

(6) Ibidem, p. 230.
(7) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "Instituciones de Derecho Procesal Laboral" Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 49.
(8) PRIORI POSADA, Giovanni. "Comentarios a la Nueva Ley ..." Ob. Cit, p. 161.
(9) VINATEA RECOBA, Luis Y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. "Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis Normativo". Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 43.

(10) PRIORI POSADA, Giovanni. "Comentarios a la Nueva Ley..." Ob. cit., p. 96.
(11) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "La imparcialidad judicial y..." Ob cit., p. 246. El autor ha señalado que "La imparcialidad del juzgador es lo que asegura la igualdad de los parciales; por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: impartiabilidad (no ser parte procesal), imparciabilidad (no estar interesado en el resultado del litigio) e independencia (de toda obediencia debida a las partes y de todo prejuicio respecto de ellas o del objeto litigioso).

IV. LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO

La prueba de oficio es otra institución reconocida en nuestro ordenamiento legal para combatir la desigualdad procesal de las partes que surge en el proceso. Consideramos que dicha institución deberá ser aplicada en forma excepcional con ciertos límites. BLANCO GÓMEZ ha señalado que: "La prueba de oficio no es una creación estéril, carente de significación práctica. Todo lo contrario, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y de evitar sentencias inhibitorias y nulidades" (12).

La regulación de la prueba de oficio en la NLPT tiene como antecedentes la propia Ley 26636 vigente todavía y el Código Procesal Civil y en ambas normas (artículo 28° y 194° respectivamente) se establecían algunos matices diferenciadores.

La doctrina procesal civil peruana con relación a la prueba de oficio –que se encuentra regulada en el artículo 194° del Código Procesal Civil–, ha señalado que, "actualmente, el principio dispositivo ha adquirido una nueva expresión gracias al llamado principio de aportación, que supone que las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos fácticos de sus pretensiones, los hechos y los medios de prueba, pero, esto último, no es de exclusividad de las partes. El juez no se limita a juzgar, sino se convierte, en un verdadero gestor del proceso, dotando de grandes poderes discrecionales, orientados no solo a garantizar el derecho de las partes sino, principalmente, a valores e intereses de la sociedad" (13).

En esa misma línea, se encuentra ARIANO DEHO que señala que: "la razón para atribuir al juez el poder de ordenar medios de oficio se encontraría en el fin publicístico del proceso; una segunda razón, sería que, concediendo amplios poderes de iniciativa probatoria al juez, se lograría la efectiva igualdad de las partes, pues la parte más débil sería reequilibrada frente a la contraparte por obra del juez" (14).

La pregunta que subyace en los autores antes mencionados es si la facultad del juez de ordenar pruebas de oficio, que son vitales para el esclarecimiento de los hechos litigiosos, ¿es un deber o una facultad? ADRIANO DEHO señala que el artículo 194° del Código Procesal Civil consagra una facultad discrecional del juez. En ese sentido, no se trata de un deber del juez, sino de una mera facultad, que siendo como tal, el juez puede ejercer o no. Este criterio no es compartido por la instancia superior.

Señalamos lo dicho, ya que en muchos procesos judiciales laborales, las instancias superiores vienen anulando las sentencias emitidas en primera instancia

(12) BLANCO GÓMEZ, José Luis. *Sistema dispositivo y prueba de oficio en el procedimiento civil*, 2ª Edición, ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 104.
(13) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 3ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 441.
(14) ARIANO DEHO, Eugenia. *Prueba de oficio y preclusión* En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 30, Lima, 2001, p. 104.

argumentando en sus sentencias que el juez no ha utilizado sus atribuciones investigadoras al respecto. Pero la consecuencia práctica es que estemos frente a una facultad y no frente a un deber. Y por lo tanto, su no utilización no puede determinar que la instancia superior que en vía de apelación emitida una resolución anulando la misma y se ordene a su vez la actuación de determinada prueba de oficio.

Con la NLPT el criterio que viene utilizando las Salas Superiores Laborales ha quedado zanjado. Es decir, el artículo 22° de la NLPT ha señalado expresamente que la omisión por parte del juez de utilizar la prueba de oficio no acarrea la nulidad de la sentencia. La consecuencia de este artículo es poderosa, ya que el colegiado (entiéndase Salas superiores Laborales) de creer importante la utilización de pruebas de oficio serán éstos quienes deberán actuar las pruebas de oficio directamente. Y en ese sentido, por ningún motivo se debe ordenar a la instancia inferior que actúe prueba de oficio ya que indirectamente se estaría afectando la independencia funcional del juez.

HERRERA y HUAMÁN (15) señalan que es una anomalía que los jueces de apelación ordenen a los jueces inferiores la actuación de medios probatorios de oficio, e incluso les den lineamientos para cambiar el sentido de su decisión, como si no tuvieran la posibilidad de revocar el fallo. En ese sentido, constituye una interferencia en la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional.

Regulación de la prueba de oficio

Código Procesal Civil (CPC)	Ley 26636 (LPT)	Ley 29497 (NLPT)
Artículo 194: *"Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.* *Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de otras personas de oficio con el mismo fin o a solicitud de alguna de las partes."*	Artículo 28: *"El juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción."*	Artículo 22: *"Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.* *Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia."*

(15) HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel y Elmer HUAMÁN ESTRADA. "La prueba de oficio ..." Ob. cit., p. 447.

Por lo tanto, el uso de la prueba de oficio por parte del juez que es un rasgo matizador de desigualdades debe darse excepcionalmente y de esta forma no afectamos la imparcialidad del magistrado.

V. LÍMITES A LA INICIATIVA DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (a diferencia del Código Procesal Civil y la Ley 26636) no prevé expresamente límites para el ejercicio de la facultad de incorporar medios probatorios de oficio. Solo señala que deben ser excepcionales y que no pueden ser invocados encontrándose el proceso en casación.

La doctrina más representativa encabezada por Joan Picó[16] ha señalado que la prueba de oficio debe tener los siguientes límites:

1. La prueba de oficio practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud del principio de aportación de parte. En ese sentido, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el Juez llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes.

   LIÑÁN ARANA[17] comparte la opinión de Picó y es claro al señalar que la facultad probatoria de oficio que tiene el juez es la no sustitución de la actividad probatoria de las partes. Es decir, el juez debe actuar medios probatorios de oficio solo cuando sobre un determinado hecho las partes hayan ofrecido medios de prueba y a criterio del juez, estos sean insuficientes para crear convicción.

2. Otorgada la prueba de oficio es necesario que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez. Solo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su conocimiento privado al margen de los resultados que figuran en los autos.

   PICÓ[18] ha señalado que al margen del uso de las fuentes probatorias, el juez no debe tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios que el propio juez utilizaría, ya que su actuar puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable.

(16) PICÓ I JUNOY, Joan. "El juez y la prueba" En: *Ponencia al III Congreso Internacional de derecho Procesal*, Panamá, 2006, p. 117.
(17) LIÑÁN ARANA, Luis Alberto. "La prueba de oficio en la jurisprudencia civil peruana". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 109, Lima, 2007, pp. 164-177.
(18) PICÓ I JUNOY, Joan. "El juez ..." Ob. Cit., p. 118.

3. Una vez concedida la prueba de oficio por el juez, se debe respetar el principio de contradicción. HERRERA y HUAMÁN[19] señalan que, el juez no debe afectar el derecho de contradicción de las partes en litigio. Una vez que solicite la actuación de determinado medio probatorio no presentado por las partes, debe concederse la posibilidad a la otra parte de atacar dicho medio.

Es importante recalcar que estos tres límites explicados en los párrafos anteriores inciden en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional. El primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

VI. CONCLUSIONES

Después de haber analizado las facultades del juez con relación a la prueba de oficio podemos concluir lo siguiente:

1. La NLPT es un sistema procesal publicístico.
2. La desigualdad en el plano procesal es compensada por la ley.
3. La legislación procesal civil, la procesal del trabajo anterior y nueva han reconocido expresamente la facultad de iniciativa probatoria al juez.
4. La prueba de oficio es un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional.
5. La prueba de oficio no significa estar a favor del reconocimiento de una facultad discrecional sin límites.
6. La regulación del Código Procesal Civil sobre prueba de oficio respecto a motivación e imparcialidad judicial debe aplicarse supletoriamente a la disposición de la NLPT sobre la materia.
7. Los límites establecidos por la doctrina procesal civil han propuesto límites perfectamente trasladable al proceso laboral.
8. La aplicación consciente por parte del juez de estos límites hace que la facultad otorgada sea verdaderamente excepcional.

(19) HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel y Elmer HUAMÁN ESTRADA. "La prueba de oficio...". Ob. cit., p. 441.

LA CONTRACAUTELA EN EL DISEÑO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Luis MENDOZA LEGOAS

Abogado laboralista (PUCP) con estudios de especialización en relaciones laborales (UCLM). Asesor de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas desde 2012.

SUMARIO

I. La reforma procesal laboral y el régimen cautelar. **II.** El ámbito de la contracautela: un presupuesto operativo de las medidas cautelares. **III.** Repensar la naturaleza de la contracautela en los procesos laborales: indemnizar los daños por medidas cautelares injustas para prevenir la temeridad **1.** Contracautela y principio de gratuidad: un deslinde necesario. **2.** La contracautela y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Algunas expectativas

I. LA REFORMA PROCESAL LABORAL Y EL RÉGIMEN CAUTELAR

Con la reforma procesal laboral que viene operándose a propósito de la dación e implementación progresiva de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo[1],

(1) Fuera de la línea discursiva de este artículo, quisiéramos aprovechar este espacio para expresar nuestra discrepancia con el rótulo de "Nueva" con que se ha denominado a la Ley 29497. Si lo que el legislador se propuso con ello fue denotar lo novedoso del diseño procesal que perdure en el tiempo, en algún momento lo que hoy legisló como nuevo tarde o temprano dejará de serlo. ¿Será acaso nueva esta ley procesal cuando cumpla cinco o diez años? Es cierto que el rótulo pone énfasis en sus novedades, pero igualmente discrepamos con tal justificación, porque el hecho de que la Ley introduzca al uso de técnicas e instrumentos tecnológicos contemporáneos en el proceso laboral no justifica que esta por ello se llame "Nueva Ley Procesal del Trabajo". Bajo esa lógica, nos preguntamos: ¿Cómo debería denominarse a una futura ley que haga uso de futuras "nuevas" tecnologías, hoy todavía no inventadas? ¿Habría que pensar por ello en denominar a la siguiente ley como "Novísima Ley Procesal del Trabajo"? Quizá, la verdadera razón de esta curiosa denominación es la coexistencia temporal en algunos ámbitos de dos cuerpos normativos que contienen leyes procesales, la número 26636 (en extinción) y la número 29497, cuestión que, creemos, tampoco importa una justificación.

los operadores del sistema presentan un progresivo interés por comprender las técnicas del nuevo diseño legislativo (señaladamente ello ocurre con la oralidad y el uso de las tecnologías que ahora se usarían extensivamente en los litigios) y también por volver la vista hacia instituciones procesales que tradicionalmente no han sido comprendidas como "instrumentos del proceso laboral" en la experiencia forense, como es el caso las medidas cautelares laborales.

En otro lugar hemos llamado a la atención sobre el tremendo impacto que puede tener la apertura del régimen cautelar en la dinámica de los procesos laborales (tanto en la forma en que se litiga como en la que se resuelven las solicitudes cautelares), y aún más, en el comportamiento de empleadores y trabajadores con respecto al incumplimiento de la normativa laboral[2]. Y es que todavía causa recelo para ciertos comentaristas de la Ley 29497 el que contemple un régimen amplio de medidas cautelares dentro de un tipo de proceso caracterizado por su unilateralidad (donde el trabajador asume generalmente la posición de demandante y el empleador, por consiguiente, la de demandado), por el cual, cuando se satisfagan los presupuestos de las medidas cautelares, ellas podrán ser ordenadas por los jueces de trabajo (a pedido de la parte interesada) en cualquier momento del *iter procesal*, incluso antes de que se interponga la demanda.

Cabe insistir en que esta regulación termina siendo consecuente con la alta consideración que tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en nuestro ordenamiento –contenido en el artículo 139.3 de la Constitución de 1993– y corresponde precisamente al carácter de uno de los componentes de ese derecho complejo (que a su vez es también un derecho fundamental): la tutela cautelar[3].

Quienes pensamos que este es el principal eje de la reforma procesal laboral, consideramos que esta es la oportunidad para que la justicia laboral pueda dar espacio a una mayor vigencia del Derecho del Trabajo en nuestro país, otorgándole a sus normas eficacia en la realidad. Sin embargo, la eficiencia del proceso laboral peruano requiere, junto a la reivindicación del papel del juez (protagonismo que penetra también al proceso cautelar) adecuados mecanismos que impidan la saturación del propio sistema de justicia, que sin ellos correrían el riesgo de convertir a "cuello de botella" lo que en esencia debiera ser una válvula de escape.

Y es que, como está enunciado en el artículo 139.3 de la Constitución, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho-principio que supone un deber constitucionalmente impuesto al poder público de promover su verdadera *eficacia*, aspecto que vincula a sus facultades legislativas, ejecutivas y judiciales[4]. De esa forma, superada ya la aparente restrictividad de la regulación del tema cautelar en la

(2) MENDOZA LEGOAS, L. *Las medidas cautelares laborales*. Lima, Ara Editores (2011).

(3) La consideración de derecho fundamental que corresponde a la tutela cautelar ha sido sustentada en la doctrina nacional por el profesor. PRIORI POSADA, G. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima, Ara Editores, (2006).

(4) Vid. CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial efectiva*, F. Barcelona; Bosch (1994), p. 280.

Ley 26636 (en vías de extinción)[5], queda pendiente tratar de comprender los seguros implícitos que la institución cautelar conlleva para asegurar que ella misma no sea un instrumento para el uso temerario de litigantes viciosos.

Debemos resaltar, antes de entrar en materia, que lo que acabamos de anotar no puede hacer perder de vista que la amplitud del régimen cautelar es coherente con el asidero constitucional de los valores en juego. Esa amplitud otorga al trabajador demandante un potente instrumento para que se ordene al empresario el cumplimiento de cierta norma resistida por el, generándose este efecto en un momento oportuno: o antes de que el derecho que quiera proteger sea lesionado; o bien, cuando la lesión que estuviera padeciendo se agrave. Es muy importante dejar esto en claro, pues con frecuencia determinada literatura procesalista ha apoyado criterios restrictivos de la tutela cautelar bajo el pretexto de prevenir el empleo temerario de las medidas cautelares en diversos órdenes jurisdiccionales. Precisamente, el estudio de la contracautela permitirá perfilar con un buen grado de precisión al instrumento que normativa y judicialmente existe para, de un lado, asegurar la indemnidad de los derechos de la parte afectada por una posible medida cautelar injusta, y de otro lado, para desincentivar que este tipo de solicitudes temerarias desvirtúen a los objetivos que tiene la tutela cautelar cautelar en la protección de derechos subjetivos de los trabajadores y en el correcto funcionamiento del sistema de justicia laboral.

II. EL ÁMBITO DE LA CONTRACAUTELA: UN PRESUPUESTO OPERATIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Todas las medidas cautelares requieren de la verificación de tres presupuestos esenciales, sin los cuales ellas no pueden ser dictadas. El **peligro en la demora**; la **verosimilitud de fundabilidad de la pretensión**; y la **adecuación** son esos mínimos irreductibles[6], que deben ser apreciados por el órgano jurisdiccional antes de ordenar el dictado de la medida cautelar solicitada o aquella otra (cuando sean varias las aplicables al caso) que asegure el fin perseguido (la protección de un interés o derecho del demandante) sin intervenir excesivamente en la esfera de derechos del demandado.

A diferencia de los presupuestos esenciales para el otorgamiento de una medida cautelar, la contracautela no constituye un criterio que el juez deba considerar

(5) Cuestión que aconteció incluso antes de la dación de la Ley 29497, con la celebración del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral celebrado en la ciudad de Lima (28 de junio de 2008). Un interesante relato sobre este hecho cuasi normativo puede encontrarse en PRIORI POSADA, G. "Comentario al pleno jurisdiccional en torno a la procedencia de las medidas cautelares en el proceso laboral". En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (agosto de 2008)*. Lima, pp. 45-46.

(6) Las excepciones a esto provienen de la legislación. Un ejemplo aparece en el artículo 55 de la Ley 29497, en donde, para la reposición provisional de un trabajador que merezca protección especial (en función a su actividad sindical, su minoría de edad, su condición de madre gestante o su discapacidad) se libera de la carga de acreditar el peligro en la demora.

a la hora de otorgar la medida específica. Más bien, en algunos casos, la contracautela se constituirá como un requisito para la ejecución de la medida cautelar que pudiera ordenarse en un caso concreto. Esta distinción conceptual resulta decisiva para entender que, en tanto requisito no esencial, la constitución de una contracautela por parte del solicitante de la medida no representa en sí misma un requisito para el **acceso a la tutela cautelar** –pues no puede condicionar el que se otorgue la medida peticionada– sino que viene a constituirse como una garantía del derecho de la parte afectada por la medida cautelar que el juez hubiera decidido dictar. Desde esta perspectiva, una vez puesta a disposición del órgano jurisdiccional, la contracautela termina legitimando, de alguna forma, la intervención sobre la esfera jurídica del afectado por la medida al garantizar su reparación en caso se esté incurriendo en algún tipo de error no perceptible todavía dentro del proceso cautelar(7).

Sin embargo, esta distinción entre el momento del dictado de la medida cautelar y el de la ejecución propia de la medida puede –en algunos casos– resultar engañosa por no reflejar el funcionamiento que tienen determinadas medidas cautelares que se caracterizan por su mayor intensidad, al empezar a generar efectos similares (idénticos, en algún caso) a los que obtendría el demandante con una sentencia a su favor en el proceso principal.

La tutela cautelar es un tipo de tutela urgente que admite una amplia variedad de medidas (algunas expresadas en figuras previstas normativamente y otras no previstas). De allí que el procesalismo científico conciba que incluso medidas como las innovativas, prohibiciones de innovar e incluso las llamadas medidas autosatisfactivas puedan presentar coincidencia o inclusive contemporaneidad entre los momentos de dictado y el de ejecución. Por eso, puede que en un proceso laboral concreto la evaluación sobre la procedencia de la contracautela se haga en forma conjunta con los tres presupuestos esenciales para el dictado de la medida cautelar. Desde esa perspectiva, atendiendo a la tipología de las medidas cautelares que hace el CPC, presentamos en forma gráfica cómo algunas medidas unifican ambos momentos (el del dictado de la medida cautelar con el de su ejecución), en función a la manera en la que operan para otorgar tutela jurisdiccional efectiva (TJE) al solicitante de la medida cautelar:

(7) Así, se señala que "[…] se puede conceder cautela, aun sin materializar la contracautela, pero para la ejecución de la contracautela, requiere necesariamente de la incorporación de la contracautela". LEDESMA NARVÁEZ, M. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima, Gaceta Jurídica (2008), p. 43.

CUADRO N° 1: MOMENTO DE DICTADO Y MOMENTO DE EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

Tipos de medidas cautelares	Función: TJE	¿Coinciden los momentos de dictado y ejecución de las medidas cautelares?
Medidas para futura ejecución forzada	Asegura la ejecución de lo que ordene la sentencia	No
Medidas temporales sobre el fondo	Anticipa efectos de la sentencia	Sí
Medidas innovativas	Propician la alteración de la relación material para la eficacia del proceso	Quizá
Prohibiciones de innovación	Impiden la alteración de la relación material para la eficacia del proceso	Quizá
Medida cautelar genérica	Cualquier otra	Quizá

De acuerdo con lo expuesto, en determinados casos el momento de la ejecución de la posible contracautela sí podría coincidir con el del dictado de la medida cautelar laboral. De ahí que sea necesario delimitarla en su ámbito de actuación: ¿cuándo ella es un requisito aplicable a la solicitud cautelar presentada por un trabajador?

Según una asentada tradición procesalista, la contracautela se fundamenta en el principio de igualdad procesal entre las partes litigantes, pues reemplaza a la bilateralidad o contradicción –que no existen dentro el proceso cautelar, desde la presentación de la solicitud hasta el otorgamiento de la medida específica– al asegurar que la medida ejecutada tienda a preservar por igual tanto el derecho del solicitante de la medida como el derecho del que es (o será) demandado(8). Entonces, reconociendo que esa medida está siempre sujeta a la cláusula de variabilidad, según lo que pueda determinarse en el proceso principal, se reconoce en manos de la parte afectada por la medida cautelar no solamente la acción revocatoria de la medida, sino que también se le permite cobrarse un posible resarcimiento por los daños que pudieran haberse causado.

De ahí que para la doctrina la contracautela o caución se defina como "la garantía que ofrece el solicitante de una medida cautelar con la que respalda el pago de la eventual indemnización de daños y perjuicios al que se pudiera ver obligado, en caso la medida cautelar obtenida haya sido ejecutada indebidamente"(9). Asimismo, "la caución podrá ser impuesta judicialmente en función de un cálculo, por equivalente monetario, de los eventuales daños que pueda causar una medida innecesaria"(10). De estas definiciones se evidencia que la no esencialidad de la contracautela, a diferencia del peligro en la demora o la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión (ambas recogidas en el artículo 611 del CPC) y la adecuación de la medida cautelar, según se expresa en el artículo 54 de la LPT.

(8) PODETTI, R. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV, Tratado de las medidas cautelares. Buenos Aires: Ediar (1956), p. 61.
(9) PRIORI POSADA, G. 2006, Ob. cit., p. 95.
(10) MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Comunidad (2002), p. 204.

Incluso, en el análisis exegético de la Ley 29497, los comentaristas han coincidido en señalar que al no regularse la contracautela en ese cuerpo normativo en forma expresa, surja la duda acerca de si ella es un requisito exigible o no dentro del proceso laboral[11]. Como se recuerda, la anterior Ley 26636 contempla (aunque de manera polémica) un principio de moderación de la contracautela en su artículo 97.3, cuando señala que "el juez, tomando en consideración la condición económica del solicitante, puede considerar suficiente la caución juratoria". Hoy, en cambio, la ley procesal especial no contempla ningún tipo de previsión que se refiera a este requisito operativo, por lo que es necesario remitirse al CPC –de aplicación supletoria en el proceso laboral– que en virtud de sus artículos 613 y 614 permiten que el juez gradúe el monto de la contracautela o que incluso puedan exonerar al solicitante de la obligación de constituirla. Sobre este tema volveremos en el punto 3 de este trabajo.

Como hemos visto, el ámbito de la contracautela se define por un marcado carácter patrimonialista –ya que cuantifica el daño de quien es afectado injustamente por una medida cautelar– pero no solamente se circunscribe a aquellos casos en donde las pretensiones tengan carácter dinerario (por ejemplo: las demandas de pago de beneficios sociales), sino que también alcanza a aquellas otras cuyo objeto principal no tenga dicho carácter (por ejemplo: una impugnación de la movilidad geográfica de la que pueda ser objeto el trabajador demandante). Esta extensión de la contracautela a ámbitos que en principio no son patrimoniales se explica por un doble motivo. En primer lugar, en esos casos las pretensiones no patrimoniales pueden derivar en condenas a indemnizar a la parte agraviada. Eso mismo ocurre, por ejemplo, en los procesos de impugnación del acoso moral, cuando el demandante se considera despedido y decide optar por la indemnización; o cuando quien demandó la nulidad del despido opta no por la reposición, sino por el pago de una indemnización. Y en segundo lugar, porque en todos los casos el error de la judicatura podría generar un supuesto de daño al demandado contra el que se ejecutó la medida cautelar, daño cuya reparación sería responsabilidad de quien solicitó la medida cautelar.

III. REPENSAR LA NATURALEZA DE LA CONTRACAUTELA EN LOS PROCESOS LABORALES: INDEMNIZAR LOS DAÑOS POR MEDIDAS CAUTELARES INJUSTAS PARA PREVENIR LA TEMERIDAD

El elenco de consecuencias que se presenta a propósito del otorgamiento de una medida cautelar en el proceso laboral presenta las siguientes variables:

(11) En el sentido expuesto, ver en PRIORI POSADA, G. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* et al. Lima, Ara Editores (2011), p. 271.

a. Si el trabajador demandante no tiene razón y se deniegan las medidas cautelares, no existirán daños para ninguna de las partes.

b. Si el trabajador demandante no tiene razón y aún así logra que se dicte en su favor una medida cautelar, el demandado sufrirá daños injustificados.

c. Si el trabajador demandante tiene razón y no se otorga una medida cautelar, los daños injustificados de esa mala decisión los soportará el propio solicitante.

d. Finalmente, si el trabajador demandante tiene razón y se dicta la medida cautelar que hubiera solicitado, no habrán daños ilegítimos para ninguna de las partes.

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho se ha anotado que mientras **a.** y **d.** presentan situaciones deseables desde la perspectiva de la sociedad, pues la resolución judicial sería óptima; en los supuestos **b.** y **c.** se introduce lo que se considera como el gran problema de la justicia cautelar: al adelantarse un pronunciamiento que no se desembaraza de la incertidumbre implícita de saber qué parte tiene la razón –algo que en principio sí ocurre en el momento de la sentencia que dé término al proceso principal– el órgano jurisdiccional podría incurrir en un error al dictar una medida cautelar. En esa línea de pensamiento, la medida cautelar óptima será aquella que, tomando en cuenta sus posibles consecuencias sobre las partes, "llega a minimizar los daños esperados de la situación si los daños esperados de su adopción son inferiores a los daños esperados de su denegación"[12].

La contracautela es una pieza importante en el engranaje del proceso cautelar, y por ende su importancia dentro del funcionamiento del sistema procesal entero exige que los operadores sean concientes de la función específica que cumple. Precisamente, esa función es el producto de un diseño legislativo más amplio que la comprende: la regulación de las medidas cautelares. De acuerdo con Ramos Romeu[13], existen cinco mecanismos posibles por los cuales se legisla un proceso cautelar específico limitando la posibilidad (siempre latente) de que se incurra en un error al otorgar la medida solicitada. Esta es una clasificación que atiende al daño causado al sujeto pasivo de la medida cautelar: mientras algunos de ellos tienen carácter preventivo (buscan evitar que se produzcan daños); otros son reparadores (reaccionan al posible daño). En común, puede decirse que ambos grupos de mecanismos generan desincentivos para los litigantes temerarios:

(12) RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico y económico*. Atelier, Barcelona, (2006), p. 37.
(13) Ibídem, p. 40 y ss.

GRÁFICO Nº 2: MOMENTO DE DICTADO Y MOMENTO DE EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

Enfoque preventivo en la regulación de las medidas cautelares	Enfoque reparador en la regulación de las medidas cautelares
- Que el juez determine qué medida es realmente óptima - Pago de tasas o impuestos para acceder a la medida cautelar	- Sistema de responsabilidad del demandante por los daños no justificados que causara su solicitud de tutela cautelar - Privación del demandante de todos aquellos beneficios injustificados que obtuviera con su solicitud de tutela cautelar - Sistema de multas administrativas o penales

Por cierto, los mecanismos pueden encontrar distintos grados de combinación dentro de los diversos sistemas jurídicos. En nuestro ordenamiento procesal, por ejemplo, debe notarse que al Juez le es reconocida la capacidad de corregir la adecuación de la medida cautelar peticionada, dado el carácter público de la función cautelar[14], llegando incluso a reconocérsele un poder cautelar genérico (artículo 629 CPC). Este mecanismo es de tipo preventivo con respecto al posible error judicial en el dictado de la medida cautelar. Como puede apreciarse, este rol protagonista del juez en la determinación de la medida cautelar adecuada es particularmente afín con el carácter del proceso laboral, donde al juez de trabajo le son reconocidos poderes de dirección en el proceso más intenso, que llevan a que incluso tradicionalmente se caracterice a este como un proceso dispositivo atenuado o cuasi inquisitivo.

Por otro lado, desde un enfoque reparatorio, la regulación de la contracautela supone para el solicitante de la medida la interiorización del costo que supone el posible daño al demandado (lo que se refleja en que, al menos en principio, la contracautela debe alcanzar un monto aproximado al monto que pudiera alcanzar el referido daño). La traslación de este esquema al ámbito del proceso laboral podría resultar en sumo complicada en una serie de supuestos, cuando concurra un desnivel económico entre ambas partes procesales (lo que ocurrirá en la generalidad de casos); pero en otros casos distintos, ese mismo desnivel no impedirá al trabajador constituir una contracautela, así ella sea diminuta o reducida.

La articulación de ambas perspectivas (preventiva y reparatoria) en torno a la regulación de las medidas cautelares –y en específico, de la contracautela, que dentro del proceso cautelar incorpora un sistema de responsabilidad del demandante por los daños no justificados que causara su solicitud de tutela cautelar– deja claro que la vigencia de la contracautela no es un asunto baladí y que su ámbito de aplicación y la intensidad de su exigibilidad resulta muy importante. Bien podría ocurrir que con el trascurso del proceso el juez advierta que la apariencia de "buen derecho" que vislumbró en el momento de dictar la medida no se ha visto confirmada por lo actuado y que más bien, en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, llegue a determinar que la situación que antes pareció merecer la tutela jurisdiccional de carácter urgente hoy ha quedado claro ser suficientemente asegurado por la

(14) MONROY PALACIOS, J. Ob. cit., pp. 197-198.

tutela ordinaria; o incluso, podría darse el caso, que la percepción del juez haya variado a tal punto que encuentre mayores razones en los argumentos de aquel contra el que ordenó una medida cautelar. En este segundo supuesto corresponderá reparar el daño generado en el empleador demandado a raíz de una solicitud cautelar que a la postre se ha comprobado injusta.

La naturaleza jurídica de la contracautela es –de acuerdo con la opinión mayoritaria– la de una garantía con la cual se indemnizaría al agraviado por una medida cautelar ordenada injustamente[15]. La medida cautelar requiere de algún tipo de seguro jurídico que legitime la intervención en la esfera jurídica del afectado, pues durante la extensión de la vigencia de la medida cautelar se le habría privado del libre goce de sus derechos[16] o, en todo caso, habría sufrido un perjuicio evidente por el error a que es inducido el juez por la contraparte. En estos casos la contracautela es funcional con una perspectiva indemnizatoria, donde su objeto es el de reparar íntegramente al afectado por una medida cautelar injusta. Desde esta perspectiva, se acentúa el rol que el juez tiene como juzgador de los hechos que va conociendo en el proceso, pues la ejecución o no de la contracautela dependerá de si determina que el solicitante de la medida tenía o no tenía a la verdad de su lado.

Es importante tener en cuenta que, dados los roles típicamente adoptados por las partes de la relación de trabajo cuando están inmersas dentro del proceso laboral, el riesgo implícito de que el juez incurra en un error en la resolución cautelar perjudicaría esencialmente al empleador (el demandado contra quien usualmente se solicitan las medidas cautelares laborales), de quien difícilmente se podría sostener que –dada su mejor posición económica– podría sortear el perjuicio de medidas cautelares laborales injustamente concedidas[17]. En línea de principio, si un trabajador convence al juez de trabajo de ordenar una medida cautelar y al cabo del proceso se determina que esa solicitud fue manifiestamente temeraria y artificiosa, la tutela de la parte débil del contrato de trabajo o el principio protector carecerán de relevancia en el análisis de la responsabilidad que dicho comportamiento merezca por parte del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer la validez de esta visión de la contracautela, la perspectiva indemnizatoria en sí misma se ve enfrentada a dificultades que no pueden pasarse por alto, cuando se la confronta con la naturaleza social de un orden jurisdiccional como es el que inspira al proceso laboral, en donde siempre

(15) En ese sentido: PRIORI POSADA, G. (2006), ob. cit., p. 95 y SIMÓN, L. "La contracautela". En: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, número 4, Montevideo (2006), p. 587.

(16) Vid. BLASCO PELLICER, A. *Las medidas cautelares en el proceso laboral.* Valencia: Colegio de abogados de Valencia y Editorial Civitas (1996), p. 45.

(17) Ibídem. p. 71. Nos distanciamos de esta posición por dos consideraciones. En primer lugar, implícitamente se estaría argumentando que el poder económico del empresario legitima que contra él se instauren solicitudes cautelares auspiciadas por la mala fe. Por otro lado, el desnivel económico entre empleador y trabajador es necesariamente una regla que admite excepciones que no pueden dejarse de lado, como es el caso de ciertas microempresas.

existe el reconocimiento de las desigualdades económicas y sociales existentes entre las partes dentro de la relación laboral[18]. En el proceso laboral es absolutamente indispensable que el juez de trabajo tenga la capacidad de graduar el monto de la contracautela en forma casuística, teniendo como criterio subjetivo a la capacidad económica del que solicita la medida cautelar. Y es que este tipo de proceso jamás puede construirse de espaldas a la condición socioeconómica de trabajador y empresario, de tal forma que la contracautela no podría nunca constituir una traba para el acceso a la justicia laboral, pudiendo en los casos en que exista fundamentos objetivos suficientes, eximirse al trabajador de otorgarla.

Entonces, podría surgir la interrogante: ¿para qué exigir la contracautela en el proceso laboral si ella, por la naturaleza de ese tipo de proceso, pudiera resultar virtualmente inaplicada? Nuestra doctrina presenta posiciones variadas: mientras que ciertos autores entienden que ella es un requisito de ejecución de una medida cautelar laboral, en virtud de la aplicación supletoria de las reglas del CPC[19], –reglas que, ciertamente, permiten también su graduación y virtual exoneración, como veremos más adelante– otros autores sostienen que, dada la vigencia del principio de gratuidad en el proceso laboral, este requisito no resultaría inexigible cuando el solicitante de la medida cautelar tiene la condición de trabajador[20].

1. Contracautela y principio de gratuidad: un deslinde necesario

La jurisprudencia laboral ha mantenido con uniformidad que las medidas cautelares solicitadas por trabajadores no requieren per sé de la constitución de la contracautela, en consecuencia de la aplicación del **principio de gratuidad y del principio de igualdad procesal de las partes** (aspecto este último que hemos desarrollado ya en el acápite anterior). En esta parte nos proponemos demostrar que la regla de la gratuidad no exige desterrar a la contracautela del ámbito del proceso laboral; y que ella es funcional dentro de un sistema procesal laboral eficiente.

Es necesario advertir algunos equívocos en que puede incurrirse al hablar del **principio de gratuidad y contracautela**. Ocurre que, tradicionalmente, el principio de gratuidad en el proceso laboral ha sido entendido como un principio totalizador, un arquetipo del proceso laboral a favor de quienes poseen una escasa resistencia económica para afrontar los costes del proceso[21]. Esa visión encontró respaldo positivo en la Ley 26636, cuyo artículo 49 contempla una regla de exención

(18) Vid. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid, Trotta (1995), p. 49.
(19) Por todos: ver en PRIORI, G. et al. Ob. cit., p. 271.
(20) Esta tesis es defendida por F. ROMERO MONTES. *El nuevo proceso laboral*. Lima, Grijley (2011), pp. 300-301. Nosotros sostuvimos una posición parecida hace algunos años (L. Mendoza Legoas. "En torno a la vigencia de las medidas cautelares en el proceso laboral". En: *Derecho & Sociedad* N° 30. p. 187); sin embargo ya hicimos patente nuestro cambio de posición en un trabajo posterior, citado en la tercera nota de pie de página de este artículo.
(21) Vid. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ. Ob. cit., p. 71.

a los trabajadores de la condena de costas y costos. Como es fácil apreciar, esta regla es permeable al mal uso del proceso por parte de malos litigantes, pero incluso esto es considerado como un mal menor por un amplio sector doctrinario[22] y jurisprudencial.

El artículo 14 de la Ley 29497 establece una remisión expresa al régimen de costas y costos del artículo 412 CPC, según la cual "el reembolso de costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, **salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración**"[23]. Esta última parte del precepto permite entonces que el principio de gratuidad pueda encontrar una ponderada aplicación, por parte de los Jueces de trabajo, en aquellos casos en que la condición económica del demandante (trabajador) no tolere una sanción económica, debiendo justificarse en forma específica esta situación.

Recapitulando lo dicho en este punto: la gratuidad se ha venido refiriendo, doctrinaria y legislativamente, a las costas y costos procesales. Pero, ¿qué conceptos están incluidos bajo esas categorías?

El concepto general de costas procesales dentro de nuestro ordenamiento está incluido en el artículo 410 CPC, que contempla los siguientes elementos:

- Las tasas judiciales.
- Los honorarios de los órganos de auxilio judicial.
- Los gastos realizados en el proceso.

Por otro lado, los costos procesales se encuentran expresados en el artículo 411 del CPC:

- Los honorarios del abogado de la parte vencedora.
- El 5% de tales honorarios, destinados al Colegio de Abogados del respectivo distrito judicial en que se desarrolló el proceso.

La doctrina perfila como criterios delimitadores de estos conceptos a su causalidad (se originan dentro del proceso), necesidad (no incluyen actos no autorizados por ley, ni actuaciones inútiles) e imputabilidad (son soportados por las partes), excluyéndose, por tanto, a los gastos procesales que no son técnicamente costas, entre ellas, las indemnizaciones de daños y perjuicios[24]. Nosotros coincidimos con

(22) "El riesgo de que al amparo de esa situación se formulen demandas abusivas o impertinentes, resulta pequeño en comparación con los intereses vitales que en esta jurisdicción [el proceso laboral] se amparan". R. AGUILERA IZQUIERDO. *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*. Madrid, Civitas (2004), p. 77.
(23) Resaltado añadido.
(24) Vid. S. PLAZA GOLVANO. *Las costas en el proceso laboral*. Valencia, Tirant lo blanch (2010), p. 13.

tal criterio, pues la obligación de reparar a la parte que padeció una medida cautelar injusta no puede recibir el mismo tratamiento que un simple costo administrativo tarifado por el Poder Judicial. Se trata de cuestiones bien diferentes que no pueden asimilarse sin que se incurra en un error de simplificación.

A partir de esta constatación, la primera reflexión que puede extraerse es que el principio de gratuidad, uno de los pilares del proceso laboral, no está referido al deber de constituir la contracautela. Pero ello no quiere decir que la contracautela resulte siempre exigible, o que incluso cuando lo sea, que su monto no pueda sufrir graduaciones adecuadas y fundamentadas por el órgano jurisdiccional. Al contrario, esta graduación o exoneración, cuando resulte justificada, será una manifestación acabada del principio de igualdad material entre las partes.

2. La contracautela y la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Algunas expectativas

Corresponde ahora reflexionar sobre la función que tiene la contracautela dentro del sistema procesal laboral que pretende instaurar la Ley 29497. Como se advertirá, necesariamente nos referiremos aquí a una perspectiva que trasciende a cada uno de los litigios laborales y más bien los considera desde una mirada global del sistema procesal laboral.

Con la regulación de la contracautela en la Ley 26636 –que no contuvo una especificación sobre cómo debiera ejercerse la reducción de la contracautela por el juez ni regula bajo qué parámetros se determina la incapacidad económica del trabajador para constituir una contracautela trajo por consecuencia que esta facultad de exención se ejerza en la justicia laboral en forma descuidadamente amplia, sin impugnación posible. Así, se dictaron y ejecutaron muchas medidas cautelares solicitadas por trabajadores sin que medie un procedimiento **mínimo** –en el sentido de célere y no exhaustivo, dado el carácter de la institución cautelar– de verificación de la real situación económica del solicitante de la medida cautelar o su disponibilidad patrimonial.

En efecto, en muchas ejecutorias se eximió al trabajador solicitante de la medida del otorgamiento de una contracautela sin que exista una debida fundamentación de por medio. Los jueces de trabajo en muchos casos se limitan a hacer referencia a un criterio tan genérico como es la posición de desventaja socioeconómica que tienen en general los trabajadores. Asimismo, debe señalarse que esta exoneración generalizada de la contracautela también ha encontrado ecos en la doctrina, como ocurre con la muy polémica **teoría del contrapeso entre los requisitos**

de la contracautela[25], por la cual el juez puede considerar la suficiencia del peligro en la demora y de la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión para eximir de la contracautela al trabajador-demandante.

Desde tal óptica, los jueces de trabajo han sido particularmente propensos a aceptar a la *caución juratoria* como una garantía idónea dentro del proceso laboral[26], opción que resulta muy criticable si se tiene en cuenta que tal mecanismo no puede considerarse como un desincentivo suficiente frente a las solicitudes cautelares temerarias, ni mucho menos, es capaz de reparar debidamente a los agraviados por tales medidas cautelares.

Con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la problemática en torno a la regulación de la contracautela ha sido resuelta no con una regulación específica, sino mediante la remisión a las reglas que sobre el tema se han previsto en el CPC, reglas que por lo demás, contienen preceptos a favor de la graduación de la contracautela cuando la discrecionalidad del juez establezca su pertinencia (artículo 613 CPC, segundo párrafo); y eventualmente su exoneración al solicitante cuando este haya recibido el beneficio del auxilio judicial (artículo 614 CPC).

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 613 CPC podría ser muy útil para afirmar como práctica judicial a la graduación de la contracautela, lo que garantizaría mejor a los intereses de los empleadores demandados, bastando para ello que el trabajador-demandante proponga al juez de trabajo su reducción. La aplicación de la graduación o la eventual exoneración casuística de la contracautela es un encargo que el legislador de la nueva ley procesal laboral ha hecho al juez de trabajo, donde deberán ponderarse las garantías judiciales para preservar los dos intereses en disputa: el derecho del trabajador a una tutela efectiva y a la vez el del empresario a que se le asegurare una reparación frente a una medida cautelar que a la postre resulte injusta. De mediar una mínima actividad de verificación de la situación económica de quien solicita una medida cautelar laboral, se tendría con toda seguridad que no en todos los casos la exoneración sea justificable: existirán varios supuestos en los que un trabajador-demandante sí podría constituir algún tipo de contracautela.

Con toda seguridad, puede atribuirse al carácter eminentemente social que tiene el proceso laboral (que aquí venimos resaltando) el que la contracautela merezca un tratamiento más bien marginal tanto en la doctrina como en la legislación. Sin embargo, creemos que su concepción en los juzgados laborales requiere de una necesaria actualización que resalte la importancia de su función dentro

(25) Planteamiento de Véscovi que es recogido por SIMÓN, L. Ob. cit., p. 591.
(26) Ver por todas: la Sentencia recaída en el Expediente 167-2004-B.E. (A), del 3 de junio de 2004, considerando sexto.

de un régimen cautelar eficiente al servicio de un sistema procesal célere y certero. Todo ello porque el adecuado funcionamiento del proceso laboral con medidas cautelares eficientes atraería a la jurisdicción a varias controversias hoy **fugadas** de los tribunales y a aquellos incumplimientos que no llegan a impugnarse por distintos motivos, como por ejemplo el temor a la represalia del empleador que se ve demandado.

Ahora bien, de ocurrir esa **judicialización** de controversias fugadas y de las otras, no exteriorizadas, la contracautela cobraría una importancia hasta hoy inusitada dentro del proceso laboral peruano, pues de tenerse medidas cautelares plenamente vigentes (en la regulación y en su aplicación jurisprudencial) surgirían dos problemas estrechamente vinculados: en primer lugar, se incrementará la demanda del servicio de administración de justicia[27] y luego, como efecto colateral se elevará el número de solicitudes cautelares presentadas en los procesos laborales, siendo una parte de ellas seguramente infundadas. Bajo esas premisas la contracautela serviría como un poderoso desincentivo frente a las solicitudes temerarias de medidas cautelares laborales[28], sin perjuicio de que lo verdaderamente relevante es que la graduación de la contracautela por el juez de trabajo se realice en forma ponderada, en cada caso concreto.

Con miras a lograr aquel resultado, es por demás importante que los jueces de trabajo desechen la fórmula heredada de la Ley 26636, que parece representar un binomio **todo-nada**, ya que la literalidad del artículo 97 de ese cuerpo normativo pareciera haber obligado a los jueces de trabajo a escoger entre exigir la contracautela completa o bien exonerar al trabajador solicitante de su entrega. A cambio de ello, resultaría más ponderado permitir que el propio juez de trabajo pueda graduar el monto de la garantía en cada caso específico, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso y, por cierto, mediante una evaluación sumaria.

En conclusión, defendemos la necesidad de que se exija algún grado de contracautela en aquellos procesos cautelares donde exista, por parte del solicitante

(27) Con razón se ha advertido que «lograr el objeto del proceso y satisfacer la necesidad de tutela, trae como lógica consecuencia: el aumento de la demanda [en términos de análisis de mercado] por servicios de calidad. Y si son gratuitos o de bajo costo, con mayor razón. [...] Ello obliga a la revisión permanente de los procesos para adaptarlos al incremento de la demanda o buscar fórmulas para limitar tal demanda». VINATEA RECOBA, L. "Análisis funcional de la Ley Procesal del Trabajo: condicionantes de la eficacia del proceso laboral". En: *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2001), p. 298.

(28) En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el fin de la contracautela es el de "garantizar el ejercicio moderado y racional de las cautelas". RESTREPO MEDINA, M. "Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar. El caso colombiano". En: *Colección Saberes*, número 4. Madrid, Universidad Alfonso X El Sabio (2006), p. 78.

de la medida, capacidad de constituirla, pues además de resguardar el derecho del afectado por la medida cautelar laboral, también puede funcionar como un desincentivo a los malos litigantes toda vez que las sanciones para la temeridad no resultan suficientemente eficaces. Evidentemente, esto solo garantiza que en principio los empleadores que padecen medidas cautelares injustamente trabadas puedan exigir su derecho a algún resarcimiento, pero evidentemente el monto de dicho resarcimiento podría ser disminuido por el juez o incluso suspendido, si la condición económica del trabajador hiciera inviable su ejecutabilidad. Y es que, "como quien suele solicitar la medida cautelar es un trabajador, y acontece que este es un sujeto sin capacidad económica, la potestad de exonerar de contracautela puede no ser excepcional"[29]. En términos simplistas, lo que se plantea es encarecer la medida cautelar laboral, pero sin que la contracautela suponga una barrera al acceso a la justicia para el trabajador-demandante. Esta consideración haría que los usuarios del sistema de justicia laboral interioricen que la tutela cautelar en el proceso laboral no podría utilizarse sino en los casos en los que ciertamente se requiera de la tutela urgente para proteger los derechos de los trabajadores.

(29) REYES OEHNINGER, A. "Medidas cautelares en el llamado proceso laboral". En: *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, número 4, Montevideo (2006), p. 703.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO: ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN EL JUZGAMIENTO LABORAL

Alejandro NAVARRETE MALDONADO
Asesor del Departamento Laboral del Estudio Ordóñez Abogados SAC-Sede Ica.

SUMARIO

I. Los derechos fundamentales como límite al poder de dirección del empleador. **II.** debido proceso. **III.** Legítima defensa. **IV.** Presunción de inocencia. **V.** Principio de inmediatez. **VI.** Principio de razonabilidad y proporcionalidad. VII. Derecho a la igualdad. **VIII.** Conclusiones.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo-Ley N° 29497 (en adelante NLPT) ha innovado nuestro ordenamiento adjetivo laboral, previendo no solo procedimientos completamente distintos a los contemplados en la Ley N° 26636, sino también proveyendo de competencias diferenciadas a los que inicialmente tenía un Juez de Trabajo. El nuevo proceso laboral se caracteriza por la rapidez en su dilucidación, coadyuvando a conservar el valor justicia, especialmente, esencial en todo Estado de Derecho, buscando que el litigante encuentre la satisfacción de su legítimo interés de una forma inmediata, pues se concibe desde la premisa que los derechos labores discutidos en esta clase de procesos, merecen una protección especial por su carácter alimentario.

La Ley N° 26636 contemplaba dentro de las competencias del Juez Laboral a las impugnaciones de despido (art. 4 inciso 2 literal a), entendiéndose por ello, aquellas acciones pretensiones relacionadas con el pago de una indemnización por despido arbitrario y las reposiciones por nulidad de despido, las mismas que se tramitan en la vía ordinaria laboral. Con la dación de la NLPT, el Juez de Trabajo

continúa conociendo este tipo de pretensiones; sin embargo, la vía procedimental optada para tramitar la pretensión indemnizatoria es la vía ordinaria laboral (art. 2° inciso 1 literal a), mientras que la pretensión restitutoria por nulidad de despido se podrá optar por el proceso abreviado laboral, siempre y cuando se plantee como pretensión principal única (art. 2° inciso 2)[1].

Inicialmente, la reposición de los trabajadores era exclusiva por la acción de nulidad de despido conforme a las causales que establece el artículo 29° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL), denotándose entonces que nuestro sistema laboral velaba por la estabilidad laboral absoluta únicamente para los casos que se fundaban en estas causales, mientras que los trabajadores cuyo despido no se fundó en ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 29° de la LPCL, no podían adoptar por la reposición. Es por ello que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) se encontró en la necesidad de completar estos "vacíos" que presenta nuestra normativa laboral, fijando a través de doctrina jurisprudencial y un precedente vinculante, diversos criterios en torno a la protección en sede constitucional de los derechos laborales vulnerados. Entre estas regulaciones, en la evolución que se ha brindado a través de las sentencias emitidas en el Caso Telefónica: Exp. 1124-2002-AA/TC del 11 de julio 2002, el Caso Llanos Huasco: Exp. 976-2001-AA/TC del 13 de marzo 2003 y el Caso Baylón Flores: Exp. 206-2005-AA/TC del 28 de noviembre 2005, se concibieron los despidos incausados y fraudulentos, mérito por el cual se apertura la posibilidad la posibilidad de que todo trabajador que sufre un despido intempestivo pueda concebir la reposición. A partir de la creación de estos supuestos de restitución, existieron diversas controversias respecto a que si los jueces de trabajo podían ordenar la reposición de los trabajadores, cuyo despido se fundó incausada o fraudulentamente. En un esfuerzo por pretender uniformizar criterios, se emite el Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de Chiclayo del año 2009, en donde los jueces de dicha jurisdicción acordaron por mayoría que sí procedía la tramitación de los despidos fraudulentos que requerían prueba, no obstante, tal decisión no fue vinculante, por lo que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema no tardó mucho en emitir un pronunciamiento contrario, emitiendo la Casación N° 3034-2009-Huaura, en un proceso donde la demandante solicitaba la reposición a su empleo al afirmar haber sido objeto de un despido incausado, y cuya demanda fue declara improcedente en sede casatoria al considerar que la protección de carácter restitutorio es exclusiva para las causales de nulidad de despido establecidas en el artículo 29° de la LPCL. Finalmente, tras años de controversia, los días 4 y 14 de mayo del presente año, se lleva a cabo el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012, en donde se acordó de manera uniforme y con carácter vinculante que, en el marco de la NLPT, el Juez Laboral podrá conocer los casos de reposición por nulidad de despido fraudulento e

(1) Esto no impide que la pretensión de reposición por nulidad de despido se pueda acumular con otra pretensión principal, pero en ese caso se tendría que adoptar la vía del proceso ordinario laboral.

incausado siempre y cuando se interpongan como pretensión principal única, dejando de lado toda clase de dubitativa que pueda existir respecto a que si los jueces trabajo podrán ver esta clase de procesos.

Teniendo claro entonces que los jueces de trabajo son los encargados de revisar las reposiciones que se sustenten en un despido fraudulento o incausado, es sumamente importante que los abogados litigantes conozcan la implicancia que tiene el debido proceso dentro de un procedimiento de despido, debido a que si un despido se concreta luego de la consecución de un procedimiento sancionador viciado de inconstitucionalidad por vulnerar el debido proceso y los derechos que lo conforman, este es de considerarse como un despido fraudulento por cuanto una transgresión de los derechos fundamentos del trabajador implica una actuación maliciosa (ánimo perverso) del empleador, presupuesto que se encuentra dentro de la figura del multicitado despido fraudulento.

A través de las siguientes líneas revisaremos diversos principios constitucionales relacionados con el debido proceso y el tratamiento jurisprudencial que hasta el momento ha dado el TC, y que ahora, por las competencias asumidas a través del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012, deben ser observados por los jueces de trabajo a fin de determinar la fundabilidad de las reposiciones sustentadas en la nulidad de un despido fraudulento.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

El contrato de trabajo se caracteriza por constituir una relación jurídica bilateral o sinalagmática de la que derivan para el trabajador y empresario las obligaciones básicas de trabajar y remunerar, completándose este esquema con una serie de poderes y deberes de diversa naturaleza. Este negocio jurídico reviste una naturaleza sui géneris en donde las partes con prestaciones recíprocas no se encuentran en un estado de igualdad, sino que preconiza la realidad de que el empleador cuenta con una posición sobrepuesta al trabajador, razón por la cual este último merece una protección especial por el derecho de trabajo que justamente tiene como objeto nivelar aquella asimetría existente entre ambos. Esta posición sobrepuesta en la que se encuentra el empleador no solo se debe a la diferencia económica que ostentan sobre los trabajadores, sino además porque tiene la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, lo que lleva al trabajador a una relación de dependencia debido al estado subordinado en el que se encuentra. Esto es a lo que se llama el **poder de dirección**.

Es gracias al poder de dirección que al empleador se le reconocen 3 atribuciones básicas: dirigir, controlar y sancionar. La facultad de dirigir se refiere a los mandatos que realiza el empleador al trabajador, sea por documentos de gestión interna (por ejem. Reglamento Interno de Trabajo) o por órdenes directas; la facultad de controlar se encuentra relacionado con la supervisión o fiscalización que

realiza el empleador sobre el trabajador a efectos de verificar el cumplimiento de las reglas de conducta y capacidad que le son impartidas, mientras que la facultad sancionadora es aquella que permite penalizar a los trabajadores por causas de inconducta o incapacidad laboral. Como se ve, estas tres facultades se encuentran íntimamente relacionadas, tal es así que ante el incumplimiento de una orden del empleador (facultad de dirigir) tomado conocimiento tras una acción de fiscalización (facultad de controlar), se puede concretar un despido (facultad de sancionar).

Sin embargo, el poder de dirección no se puede ejercer liberalmente por encontrarse frente a ello el respeto de la constitucionalidad de los medios, es decir, que esta facultad inherente al empleador debe guiarse dentro de márgenes de constitucionalidad que permitan el respeto del trabajador y su dignidad como persona, tal y como lo establece el artículo 23° de la Constitución al señalar que ninguna relación laboral podrá desconocer los derechos fundamentales. En ese sentido, dentro de un procedimiento de despido se debe observar toda la esfera de principios y Derechos que contempla nuestra Constitución. Definitivamente, en un Estado de derecho se presenta un contexto en el que todo acto emanado de los sujetos de Derecho (sean personas naturales o jurídicas de Derecho público o privado) se encuentran regulados y controlados por el derecho, donde la esfera de derechos individuales es respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un adecuado ejercicio del poder público[2], en ese sentido, prevalecerá siempre la protección de los derechos constitucionales en contraposición de cualquier otro derecho, debido al ejercicio de la tutela permanente que mantendrá el Estado para los derechos de esta índole (constitucional).

Visto así, la facultad sancionadora del empresario no es absoluta o ilimitada, pues **ha de ejercitarse respetando los límites externos impuestos por la Constitución, teniendo como límite principal el respeto de la dignidad del trabajador.**

II. DEBIDO PROCESO

El proceso justo –o debido proceso– es un derecho que encuentra su fundamento en la dignidad del ser humano, en el valor justicia y en la necesidad de asegurar la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana[3]. El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón (*common law)*, se descompone en: **el debido proceso sustantivo**, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, **el debido proceso adjetivo o formal**, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales[4]. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando

(2) MARTINEZ PICHARDO, José & MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio: *Introducción al Estudio del Derecho, Una nueva visión del Estado de Derecho*, Porrúa, México, 2007, p. 224.
(3) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, Lima, 2001, p. 86.
(4) HART ELY, John. *On constitutional ground*. Princenton University, New Jersey, 1996, p. 311.

que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia[5].

Si bien este principio - derecho nace como la concreción de un haz de atributos que surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso judicial, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado aún antes de incorporarse una controversia en el órgano jurisdiccional, regulando tanto la actividad pública como la actividad privada, incorporándose en todo proceso que implique el sometimiento de un particular a la potestad decisora de otra persona. Es por eso que la observancia de este principio - derecho se aplica tanto a las relaciones Particular - Estado y Particular-Particular, en la que una de las partes sea sobrepuesta a la otra, es decir, donde un particular es puesto en un nivel superior para que pueda ejercer una capacidad reguladora y sancionadora sobre las acciones de otro como es la condición empleador - trabajador, pues **su objeto es impedir que quien ejerce un poder superior pueda de manera fáctica ejercer un abuso de derecho y menoscabar los intereses de los particulares que están a su cargo**.

En tal sentido, el TC señala que los atributos del debido proceso desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, etc., dando lugar a que en cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, debido proceso administrativo, debido proceso corporativo particular, debido proceso parlamentario, etc., pero que supone siempre en todas las sedes, el reparo de las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (los derechos que conforman el debido proceso formal) y la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (los derechos que conforman el debido proceso sustantivo)[6].

En ese sentido, el debido proceso *y* **los derechos que lo conforman, resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión**[7], por lo que se debe partir de la premisa que posee un carácter fundamental, debiendo garantizarse en todos los procedimientos, como un aspecto esencial del Estado Social y Democrático de Derecho. Es en el análisis del debido proceso que ahora el Juez Laboral se encuentra en la obligación de examinar si el empleador ha vulnerado los subprincipios que lo conforman en el interior de un procedimiento de despido, y con ello determinar la existencia de un despido fraudulento.

(5) SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 328 y ss.
(6) Exp. N° 3075-2006-PA/TC de fecha 29 de agosto 2006, fundamento 4.
(7) Exp. N° 5514-2005-PA/TC de fecha 13 de marzo 2007, fundamento 3.

III. LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa es un principio - derecho que conforma el debido proceso, y consiste en asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, evitando desequilibrios entre las partes dentro de un proceso judicial o administrativo, a efectos de impedir que los actos cometidos por alguna de las partes pueda desembocar en un estado de indefensión para la otra[8]. En nuestro país se ha positivizado este principio - derecho en el artículo 2° inciso 23 de la Constitución.

Dentro de un procedimiento de despido, el derecho de defensa se presenta como una garantía para la protección de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de la facultad sancionadora del empleador, precisamente porque este derecho garantizará que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto **se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial** a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. **Se conculca, por tanto, este principio cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa**[9].

El procedimiento de despido constituye una garantía del derecho a la defensa al establecerse en la LPCL, artículos 31° y 32°, las pautas que el empleador debe seguir previamente a imponer la máxima sanción, dándole la posibilidad al trabajador de esgrimir sus alegatos y presentar sus pruebas en defensa de sus intereses. Para ello, este principio sugiere que la carta de preaviso de despido contenga una descripción clara, detallada y precisa de los hechos que se imputan al **trabajador como falta grave que sustente un despido**[10] **por ende, expulsa todas aquellas imputaciones que se efectúan de forma genérica** ya que estas deben establecer lo sucedido en un espacio y tiempo determinado, con suma precisión, debiendo explicar dentro de sí el "razonamiento" de su decisión, teniendo por lo tanto que evitar hacer imputaciones que se describan como (por ejemplo) "inejecución de obligaciones laborales" o haber "inasistido a laborar por 5 días consecutivos sin

(8) Consejo Constitucional. Decisión N° 86-224 de 23 de enero de 1987, asunto Consejo de la Concurrencia. En: LONG, Marcel; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Pierre: *Les Grands Arrêt de la Jurisprudence Administrative*. 10ª edición, editorial París, París - 1993.

(9) Exp. N° 5514-2005-PA/TC de fecha 13 de marzo, 2007, fundamento 4.

(10) En ese sentido se expidieron las sentencias del Exp. N° 03916-2010-PA/TC de fecha 4 de abril de 2011 (fundamento 4), Exp. N° 00517-2011-PA/TC de fecha 3 de junio de 2011 (fundamento 4) y Exp. N° 00417-2011-PA/TC de fecha 12 de setiembre de 2011 (fundamento 4), por citar.

justificación", sin que en su texto se exprese cuáles fueron las inejecuciones laborales o cuáles fueron los días dejados de trabajar injustificadamente.

Por otra parte, el artículo 31° de la LPCL prescribe que mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa justa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa, por tanto, esta exoneración se presenta como un acto excepcional, donde **el empleador deberá evaluar si por la naturaleza de la falta imputada es conveniente y necesario para la defensa del trabajador, el acceder a los elementos que se encuentran dentro de la empresa y que permita la sustentación de su descargo, solo en el caso de no ser así el empleador podrá dispensar el acceso al centro del trabajo sin que ello implique vulnerar el derecho de defensa, de lo contrario, de producirse un despido, este se encontraría revestido de inconstitucionalidad y por tanto devendría en nulo**[11].

Finalmente, cuando un empleador no cursa la carta de preaviso de despido, se daña el principio - derecho al debido proceso y la legítima defensa, lo mismo sucede si es que aun antes del vencimiento del plazo que le otorga un empleador para efectuar su descargo, se notifica la carta de despido, esto en razón que al otorgarse un plazo prudencial, el empleador debe esperar que el trabajador presente su descargo para poder tomar una decisión sobre lo expuesto, caso contrario se coloca en un estado de indefensión por interrumpir la oportunidad que tenía para sentar los fundamentos de su defensa. Sobre este extremo tenemos diversa doctrina jurisprudencial como es la emitida por el TC en el Exp. N° 00517-2011-PA/TC, Exp. N° 04224-2009-PA/TC, por citar.

IV. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es un derecho reconocido en el artículo 2° inciso 24 acápite e) de la Constitución. Esta presunción es de carácter relativo ya que puede admitir prueba en contrario, encontrándonos así, ante una presunción *iuris tantum* y no ante una presunción *iure et de iure*. Por esta presunción a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad.

Tradicionalmente, el derecho a la presunción de inocencia ha estado vinculado con el Derecho Penal; sin embargo, este no es un derecho cuyo campo de aplicación esté restringido a esta rama del Derecho, pues se trata de un principio que incide y es de imperativa observancia en todos los campos jurídicos[12], extendiéndose

(11) Tal conclusión es arribada con precisión por el TC en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC de fecha 18 de agosto de 2004 (fundamento 12), y de una forma genérica en el Exp. N° 00832-2009-PA/TC de fecha 29 de setiembre de 2010.

(12) ROMERO ARIAS, Esteban: *La presunción de inocencia. Estudios de algunas consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1985, p. 78.

también a otras áreas del ordenamiento jurídico: al civil, cuando se trata de imputaciones, y por consiguiente de culpabilidades; al administrativo sancionador, **y al derecho del trabajo en el campo disciplinario**[13]. Precisamente, es por la aplicación en este último campo que el artículo 26° de la LPCL ha prescrito que las faltas graves que contempla la norma se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, dando luces que **para la imposición de una sanción debe existir una certeza de la comisión de una falta, pues en caso de existir un margen de duda, la decisión que disponga sanción alguna no solo colisionaría con lo establecido en la LPCL, sino con el ordenamiento constitucional al vulnerarse el principio - derecho a la presunción de inocencia.** Aunque no lo parezca, esta no es una posición innovadora, pues ha sido adoptada por el TC ya desde el año 1997 con la emisión de la sentencia recaída en el Exp. N° 056-97-AA/TC.

Un avance importante se dio cuando el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 5104-2008-PA/TC de fecha 10 de agosto de 2009 declaró fundada la demanda interpuesta por dos trabajadores que fueron despedidos sin observancia del principio a la presunción de inocencia, dejando claro que **la potestad disciplinaria que detenta toda empresa, no se puede aplicar sobre una presunción de culpabilidad sino por el contrario, cuando se ha demostrado con pruebas válidas e idóneas la responsabilidad imputada** (fundamento 9).

V. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

Se ha señalado que el principio de inmediatez, como contenido del derecho al debido proceso formal, constituye un límite a la facultad sancionadora o poder disciplinario del empleador que se sustenta en el principio de seguridad jurídica.

En virtud de este principio, debe haber siempre un plazo inmediato y razonable entre el momento en que el empleador conoce la existencia de la falta cometida por algún trabajador y el momento en que se inicia el procedimiento, así como la posterior imposición de la sanción. En caso de que entre ambos momentos exista un periodo prologado e irrazonable, en virtud del principio de inmediatez, se entenderá que el empleador: a) ha condonado u olvidado la falta grave; o b) ha tomado la decisión tácita de mantener vigente la relación laboral. Para estos efectos, no se ha establecido un plazo determinado para que el procedimiento de despido cumpla con la observancia de este principio, siendo que el TC en sus sentencias recaídas en los Exp. N° 034-2004-AA/TC y del Exp. N° 640-2004-AA/TC, ha declarado fundada la demanda al transcurrir 2 meses para el primer caso, y un mes y 23 días para el segundo, entre la etapa cognitiva y la etapa volitiva; mientras que la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 677-2006-La Libertad ha señalado que

(13) RUIZ VALDILLO, Enrique. "Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias". En: *Revista Poder Judicial*. N°3, 1986, p. 75.

un plazo proporcional y razonable no es superior a los 30 días desde que el empleador toma conocimiento de las irregularidades. Sin embargo, debemos tener presente que el principio de inmediatez resulta ser bastante flexible, dependiendo bastante de la complejidad del caso, las actuaciones materiales del empleador para la investigación, y la concepción de una certeza, debido a que el plazo entre una etapa y otra puede resultar prolongado pero razonable (y sobre todo necesario) de acuerdo a las circunstancias específicas del caso.

Como lo hemos señalado anteriormente, en virtud del principio de inmediatez, el lapso de tiempo que debe transcurrir entre la comisión de una infracción a las obligaciones laborales y la imposición de la sanción o medida disciplinaria por dicha infracción debe ser reducido, de tal manera que si dicho lapso de tiempo es muy extenso, la infracción es perdonada o condonada[14], condicionando totalmente el despido al conocimiento del acto lesivo, al no poder imponer una sanción luego de un tiempo prologando desde que tuvo conocimiento de la falta. La jurisprudencia ha señalado que el principio de inmediatez tiene dos etapas claramente definidas desarrolladas por el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00543-2007-PA/TC de fecha 29 de setiembre 2009:

> **(i) El proceso de cognición;** que significa el conocimiento de la falta por parte de los órganos de control y de dirección de la empleadora, a raíz de una acción propia, de los órganos que dispone la empresa o de una intervención de terceros como los clientes, los proveedores, las autoridades, etc.;
>
> **(ii) El proceso volitivo;** se refiere a la toma de decisión del empleador de cómo va a sancionar la falta, la que dependerá de la complejidad que tenga la organización empresarial ya que mientras mayor sea esta, las instancias que intervengan en la decisión son más numerosas y, por el contrario, mientras más simple sea, como el caso de un empresario individual que dirige su propia pequeña empresa, bastará con su sola decisión. Dependiendo de ello, la efectivización de la sanción merecerá un plazo próximo.

De esta manera, el TC considera que **el plazo razonable para ejercer la facultad sancionadora del empleador no está determinado por un determinado lapso de tiempo, sino por las situaciones especiales que pudieran presentarse y por las acciones realizadas por el empleador a fin de establecer certeramente la falta cometida en las etapas descritas precedentemente**[15].

Definitivamente, el transcurso del tiempo entre ambas etapas es variado y cambia de acuerdo a la complejidad de la falta cometida, resultando el principio de inmediatez un concepto "sumamente elástico", tal es así que en la precitada

(14) DEVEALI, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo II, 2ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1972, p. 112.

(15) Exp. N° 00543-2007-PA/TC de fecha 29 de setiembre 2009, fundamento 10.

sentencia del Exp. N° 00543-2007-PA/TC se declaró infundada la demanda de reposición a través del amparo, considerando que no se ha vulnerado el principio de inmediatez, toda vez que el plazo transcurrido de 7 meses desde que el empleador conoció la falta, resultaba razonable debido a la complejidad del caso en la investigación e identificación de responsabilidades (fundamento 21).

Particularmente, considero que para la observancia de este principio, el empleador deberá iniciar cuando menos las investigaciones de la falta dentro de los 30 días de conocidos los hechos, investigación que se puede prolongar razonablemente de acuerdo a las complejidades del caso, pues hasta ese momento se entendería por satisfecha la exigencia de este principio al ser que el empleador no ha tomado una posición inerte frente a la falta cometida, por el contrario, busca proveerse de información que coadyuve a tener la certeza de lo sucedido, razón por la cual no podría considerarse que ha condonado la falta, muy por el contrario, busca tener claros los hechos a efectos de velar por el valor justicia que debe prevalecer en toda actuación frente al trabajador, y recién a partir de ello, incoar un procedimiento de despido si lo considera necesario. Por su lado, también hay vulneración al principio de inmediatez si la investigación se prolonga injustificadamente, ya que los actos investigatorios solamente pueden ser ampliados cuando medie una necesidad por el panorama sombrío que se presente, de tal forma, que si el empleador ya concibe con lo investigado una claridad fáctica, este deberá cursar la carta de preaviso dentro de un plazo también no mayor a 30 días.

VI. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad forman parte del debido proceso sustantivo, resultando consustanciales al orden de todo Estado de Derecho. Estos principios resultan importantes para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa. En cuanto al primero, sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto[16], los cuales dentro de todo procedimiento sancionador como es el procedimiento laboral de despido, se presentan de la siguiente manera:

(i) El principio de idoneidad o adecuación: Constituye la obligación que tiene todo empleador de hacer lo posible para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos del trabajador;

(ii) Necesidad o indispensabilidad: Presupone que la medida de sanción adoptada por el empleador sea estrictamente indispensable para satisfacer

(16) Exp. N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004, fundamento 15.

los intereses de las partes, verificando si esta es la menos gravosa para el trabajador entre las diversas opciones igualmente idóneas, y;

(iii) Propocionalidad strictu sensu: Supone establecer si el perjuicio causado al empleador justifica la intensidad en que se menoscaban los derechos del trabajador.

La doctrina[17] considera que el principio de proporcionalidad resulta más ventajoso que recurrir al principio de razonabilidad, ya que da pautas objetivas y precisas para calificar la justificación de la intervención legislativa en algún derecho fundamental, mediante el examen de los aspectos relativos a los 3 subprincipios que lo componen, **los que suponen en su conjunción, la evaluación de todas las posibilidades fáctica (idoneidad y necesidad) a efecto de determinar si no existía (en el caso concreto) otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada (proporcionalidad strictu sensu)**[18]. Es por eso que para determinar si verdaderamente se ha dado una decisión razonable es necesario que se verifique si se han observado los precitados subprincipios, aplicando el **test de razonabilidad y proporcionalidad**[19]:

(i) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto;

(ii) La comprensión objetiva y razonable de los **hechos que rodean al caso**, que implica no solo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, **confrontándolo con los "antecedentes del servidor"**, como ordena la ley en este caso;

(iii) Verificar que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso;

Es justamente por la observancia de los subprincipios antes expuestos que se concluye que **ninguna sanción puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas** sino que **debe efectuarse una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta**, siendo el resultado de dicha valoración lo que lleva a tomar una decisión razonable y proporcionada[20].

(17) PRIETO SANCHIZ, Luis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid - España, 2003, pp. 240-242; BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Editorial Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 38. ALEXY, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorire des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 4ª edición, Editorial Suhrkamp, Münich, 2001, pp. 100-104.

(18) Exp. N° 00535-2009-AA/TC de fecha 5 de febrero de 2009. fundamento 14.

(19) Desarrollado por el TC en las sentencias recaídas en el Exp. N° 2192-2004-AA/TC (fundamento 20), Exp. N°00535-2009-PA/TC (fundamento 18), entre otros.

(20) Exp. N° 00535-2009-AA/TC de fecha 5 de febrero 2009, fundamento 13.

Entonces, mal haría el empleador que despide a un trabajador con 10 años de servicios libre de sanción alguna que coge un medicamento propiedad de la empresa para dárselo a su hijo que se encuentra sumamente enfermo, pues se ha presentado un caso sui géneris de extrema necesidad para el trabajador que justifica la medida adoptada en plena observancia del test de razonabilidad y proporcionalidad. No significa esto que el trabajador no deba ser sancionado sino que debe imponerse una medida acorde a la falta cometida, máxime si el Estado ha previsto un tratamiento activo para los derechos constitucionales, en donde el derecho al trabajo, como tal, mantiene una protección especial al ser un derecho constitucional y alimentario, debiendo preferirse siempre ante cualquier divergencia, el mantenimiento del status quo del derecho de trabajo en vez de su alteración, precisamente porque **al encontrarnos frente a intereses propios del trabajador y la empresa, debe preferirse la tutela y protección de los derechos constitucionales del primero frente a la actitud de despido del segundo, situación que es concebida por la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.**

Finalmente, hagamos una precisión respecto al subprincipio de necesidad. Se ha dicho que este implica que la medida de sanción adoptada por el empleador sea indispensable para satisfacer los intereses de las partes, verificando si es la menos gravosa para el trabajador entre las diversas opciones igualmente idóneas, precisamente, cuando un empleador sanciona a dos trabajadores de forma diferente pese a que se encuentran en iguales condiciones, se vulnera también el principio de proporcionalidad por afectación del subprincipio de necesidad, de tal manera que si de dos trabajadores con los mismos antecedentes, uno es sancionado con suspensión por cometer la misma falta que otro empleado que fue despedido, **se ha concebido tal acto como una declaración del empleador de que la falta supuestamente cometida no reviste tal gravedad que amerite el despido, pues existen otras medidas menos lesivas a los derechos del trabajador que pudo adoptar la empresa, de tal manera que la extinción del vínculo laboral por voluntad unilateral del empleador se presenta como una medida de sanción irrazonable y desproporcional**. Este supuesto solamente se puede observar si es que los trabajadores sancionados tienen las mismas condiciones (cargo, antecedentes, etc.) debido a que existiría un accionar diferenciador injustificado[21].

VII. DERECHO A LA IGUALDAD

Este no es un subprincipio del debido proceso pero, sin embargo, hemos visto por conveniente tratarlo por la especial importancia que reviste en el interior de un procedimiento sancionador al estar intrínsecamente relacionado con el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

(21) Este extremo se tratará a mayor profundidad en rubros posteriores cuando nos dediquemos al principio de igualdad.

El derecho a la igualdad es un derecho inherente al ser humano y que proscribe el trato, goce y disfrute en un nivel horizontal de toda persona frente a Ley, sin discriminación alguna, sea por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Este principio - derecho se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución, concibiéndose como un principio informador de toda regulación jurídica, y que **permite desde la perspectiva de la igualdad, el control constitucional de toda la acción de los poderes públicos y privados, impidiendo un trato diferenciado injustificado e irrazonable**.

Este principio - derecho Constitucional tiene también una vinculación dentro del derecho de trabajo, regulando aquellas condiciones para acceso al empleo, la consecución de la relación laboral y su extinción. Dirigiéndonos a este último tema, **el principio de igualdad implica que todo empleador imponga las mismas sanciones para los trabajadores que cometan las mismas faltas y se encuentren en las mismas condiciones, aplicando un juicio de razonabilidad según las condiciones de trabajo (cargo que puedan ocupar) como su intervención en la comisión de la falta (actor mediato o inmediato) y sus antecedentes**. Este análisis de constitucionalidad no tiene una consecuencia "desnaturalizadora" o intervencionista en la potestad disciplinaria que tiene el empleador, sino por el contrario, **se presenta como una protección que ha impuesto el propio legislador donde la igualdad ha operado solo para evitar desigualdades irrazonables,** no justificadas objetivamente, **y se ha limitado a la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho equiparables**[22]. Es por ello que el artículo 33° de la LPCL ha prescrito que, cuando una misma falta sea cometida por varios trabajadores, **el empleador podrá imponer sanciones diversas a todos ellos, en atención a los antecedentes de cada cual y otras circunstancias coadyuvantes**, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, exigiéndose por tanto, para un trato diferenciado, aplicar el **test de razonabilidad** a fin de determinar la constitucionalidad de la decisión, pues en todo caso se tomaría como una discriminación *contra operarium*.

De esta forma, cuando un empleador se encuentra con dos trabajadores que cometen la misma falta, teniendo la misma implicancia en su comisión, y que cuenten con el mismo tiempo de servicios, libres de sanciones previas, no podrá decidir despedir a uno y sancionar a otro con suspensión pues eso implicaría una discriminación al no presentarse una decisión debidamente motivada y razonable. Caso distinto sería que uno de los trabajadores posea un *file* personal aglomerado de sanciones, y que este haya impulsado u obligado al otro a cometer la falta, pues es en ese caso sí se permitiría un trato diferenciado habida cuenta de la situación de hecho especial que se presenta en el caso.

(22) JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "La igualdad jurídica como límite frente al legislador". En: *Revista española de derecho constitucional*. N° 9, 1983, Madrid, p. 75.

Es como lo indica el TC al señalar que la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que **el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario**, ya que el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, por ende, **no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino solo aquella que no está razonablemente justificada**[23].

Así, el Máximo Intérprete de la Constitución ha ratificado la importancia de este principio - derecho al momento en que los empleadores hacen uso de su facultad sancionadora, como es el caso sucedido en el Exp. N° 04176-2010-PA/TC de fecha 18 de octubre de 2011, donde dispuso la reposición de una trabajadora al considerar que su empleador infringió el principio de igualdad en la aplicación de la ley, según el cual se impone que la misma decisión se haya de aplicar por igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, al verificar que le impuso a un trabajador la sanción disciplinaria de suspensión sin goce de haber por el término de un día, por un mismo hecho, por lo que impuso sanciones distintas a dos de sus trabajadores (fundamento 12).

VIII. CONCLUSIONES

Los derechos de la persona humana o derechos fundamentales poseen una naturaleza diferenciada (diversa) de los derechos subjetivos ordinarios, puesto que regulan la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, por lo que su violación entraña, aparte de un perjuicio individual, una repercusión social cuyo desconocimiento puede afectar a toda la comunidad. Al ser así la naturaleza indisponible de los derechos constitucionales, estos requieren de una tutela procesal que asegure: "la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos derechos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalente"[24].

El derecho al trabajo se encuentra reconocido en el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que sus esferas trascienden los límites de nuestra regulación interna. Su concepción para el constitucionalismo moderno en Perú se encuentra en el artículo 22°: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". Definitivamente el trabajo es concebido como un derecho constitucional y humano, por lo que como tal, tiene una protección especial por parte del Estado, no solo para optimizar condiciones de mejora laborales o generar mayores fuentes de empleo,

(23) Exp. N° 05652-2007-PA/TC de fecha 6 de noviembre de 2008, fundamento 19.
(24) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones naciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 49.

sino para proteger la conservación de este y asegurar su continuidad, impidiendo con ello la imposición del patronalismo absoluto.

Parece lógico, entonces, que la tutela procesal al despido, cuando se aduzca violación de derechos constitucionales del trabajador, deberá implementar, prevalentemente, mecanismos reparadores que posibiliten al perjudicado la reposición a su puesto de trabajo. De aquí que al momento de calificarse ilícito el despido por contravenir preceptos de orden constitucional, se ordenará la reposición del trabajador, disposición que emanada del órgano jurisdiccional permite el reingreso del trabajador en la empresa. Aunque por definición, la reposición se conceptualiza como la reasunción material o física, su contenido es mucho mayor, pues, "no se logra solo por la actividad material del empresario dirigida a permitir el acceso del trabajador a la empresa; además, es necesario que la readmisión alcance una restitución completa del status anterior, sin ningún tipo de alteraciones unilateralmente establecida por la empresa en relación al contrato que unía a las partes"[25].

Es conocido que el protector de los derechos constitucionales, TC, en diversas ocasiones ha dispuesto la reposición de trabajadores que han sido despedidos por la consecución de un procedimiento de despido plagado de irregularidades constitucionales, en ese sentido, **la tutela que impone un juez importa revisar que el procedimiento de despido se haya matizado dentro de los márgenes de constitucionalidad que requiere todo acto sancionador,** pues estos principios - derechos constitucionales se encuentran sustantivamente dentro de un primer orden en todo Estado de derecho como medidas adecuadas para proteger la dignidad de la persona, disponiendo así, como sanción, la anulación de la cartas de despido y la reposición de los trabajadores. Ello es lo sucedido con la sentencia expedida en el Exp. N° 03599-2010-PA/TC de fecha 10 de enero de 2012, donde se dispone la reposición de un trabajador teniendo en consideración que la empresa habría vulnerado su derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones para poder iniciar un procedimiento de despido, el Exp. N° 2192-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004 donde se dispone la reposición de un trabajador por haberse vulnerado el principio de proporcionalidad y razonabilidad en el despido que sufrió, o la recaída en el Exp N° 0673-99-AA/TC de fecha 30 de setiembre de 1999 sobre la reposición por haber sufrido un despido sin observancia del principio - derecho a la presunción de inocencia, Exp. N° 06757-2008-PA/TC de fecha 9 de abril de 2010 sobre la nulidad de los despidos que atentan contra el debido proceso y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el Exp. N° 05652-2007-PA/TC de fecha 6 de noviembre de 2008 sobre la reposición de los trabajadores que sufren un despido que atenta el principio - derecho a la igualdad ante ley y la no discriminación, entre otros innumerables procesos que tienen un resultado similar por la vulneración de los derechos constitucionales descritos.

(25) GORELLI HERÁNDEZ, Juan. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 56.

Por la emisión del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012, es ahora el Juez Laboral quien debe revisar si es que se ha cometido un despido fraudulento por vulneración de los principios –derechos constitucionales del trabajador dentro del procedimiento de despido, lo que presupone un ánimo perverso del empleador, situación con la se concebiría la reposición del trabajador. Sin duda, cuando el empleador no observa tales principios– derechos de orden constitucional al momento de sancionar a un trabajador con el despido, se concreta un acto lesivo, que al final resulta perjudicial para ambas partes: al trabajador porque se limita un derecho constitucional, y al empleador porque la sanción de despido devendría en nula pese a la existencia de una causa justa.

LA ORALIZACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Sandro Alberto NÚÑEZ PAZ
Doctor en Derecho. Profesor universitario.

SUMARIO I. Introducción; II. Breves apuntes referidos a la oralidad y los principios rectores del proceso en materia probatoria; III. La aplicación de la oralidad en la audiencia de juzgamiento; IV. Similitudes entre testimonios y pruebas documentales; V. Ventajas de oralizar la prueba documental; VI. Cuestiones adicionales a tener en consideración; VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El aspecto más relevante que trajo consigo la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), es sin duda alguna, el tema referido a la oralidad. Esto ha concitado que en la doctrina procesal laboral nacional se hayan elaborado sendos estudios referidos a este novedoso tema.

Pero, queda pendiente una asignación respecto al estudio de la oralidad: el análisis de su impacto en la actuación probatoria, específicamente al momento de actuar prueba documental. Así, la presente investigación pretende establecer algunas precisiones sobre dicha materia, analizando la forma como deben proceder los jueces laborales cuando tengan frente a sí documentos que deben ser materia de análisis para resolver la controversia lo más acertadamente posible.

El desarrollo de esta investigación condensa en cierta forma la experiencia recogida en procesos tramitados con la NLPT en los distritos judiciales donde se viene aplicando la norma procesal laboral, recogiendo inquietudes de magistrados y abogados litigantes, quienes poseen disímiles criterios en la forma como debe actuarse la prueba documental en la audiencia de juzgamiento.

Por ello, consideramos conveniente investigar este tema, debiendo iniciar la misma con una hipótesis o con una interrogante. La que anima la presente es la siguiente: ¿vienen aplicando los jueces de manera correcta y eficiente las técnicas que nos brinda la oralidad al momento de actuar prueba documental en la audiencia de juzgamiento?

Analizaremos en las siguientes líneas los aspectos relacionados a la pregunta señalada en el párrafo precedente, brindando algunas sugerencias para que se utilice de manera correcta y eficiente la oralidad al momento de actuar prueba documental, y veremos las similitudes que existen entre la prueba documental y la declarativa.

II. BREVES APUNTES REFERIDOS A LA ORALIDAD Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO EN MATERIA PROBATORIA

La doctrina procesal laboral no es pacífica cuando se refiere a la naturaleza jurídica de la oralidad. Algunos autores la consideran un principio(1), otros una técnica(2) y un tercer grupo la considera un sistema(3).

Sin ánimo de polemizar sobre lo antes mencionado, consideramos que para efectos probatorios, la oralidad se asemeja más a una técnica, la cual permite desplegar los que a nuestro criterio constituyen dos principios rectores en materia probatoria: la inmediación y la concentración.

Analicemos brevemente los referidos principios para tener un mejor acercamiento con la materia objeto de investigación.

Respecto a la inmediación, MONTERO AROCA(4) señala:

> "El principio de inmediación en su exacto contenido supone, de entrada, que el juez ha de tener contacto directo con las fuentes de prueba, pero esa relación directa se justifica en que su certeza sobre los hechos debe formarse sobre lo visto y oído, no sobre el reflejo documental de los medios de prueba, de modo que la consecuencia es que el juez que ha presenciado la prueba necesariamente ha de ser el mismo que dicte la sentencia."

(1) Entre ellos DEVIS ECHANDÍA, Hernando, en: *Teoría general de la prueba*, Tomo I, quinta edición, Bogotá, 2002. p. 131. Devis establece como principios generales de la prueba judicial al: v) principio de oralidad en la práctica de la prueba. No debe dejarse de lado lo establecido en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT, en donde se aparece la oralidad como un principio inspirador del proceso laboral.

(2) Entre ellos PEREIRA, Santiago, citado por PRIORI POSADA, Giovanni en *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Ara editores, Lima, 2011. p. 39. Al respecto, Pereira sostiene, refiriéndose a la oralidad: "(que) antes que un principio es más bien la técnica referida al medio de expresión o comunicación utilizado por el juez, las partes e intervinientes en el ínterin del proceso".

(3) Entre ellos PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "Objetivos, bases y medios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Jurista editores. Lima, 2011. p. 99. En ese mismo sentido DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA, Alfonso. Comentarios sobre la oralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. En: IV Congreso Nacional de la SPDTSS. p. 174. Al respecto, este último autor sostiene que "En realidad la oralidad es la forma de calificar un nuevo sistema que encierra características propias que en su conjunto la conforman de manera inescindible , como son la inmediación, la brevedad, la concentración, la economía procesal y la veracidad (...)".

(4) MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Cuarta edición, Thomson - Civitas, Navarra, 2005, pp. 187-188.

El propio MONTERO AROCA(5), refiriéndose al principio de concentración, señala:

> "Decir oralidad es decir concentración y esta atiende a dos aspectos complementarios:
>
> 1°) Con relación a la actividad procedimental, la concentración aspira a que la mayor parte de los actos se realicen en una sola audiencia. La unidad de acto ha sido una de las aspiraciones en el proceso laboral (...).
>
> 2°) Con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales se discutirán en el mismo y se resolverán en la sentencia, sin dar lugar a procedimientos independientes".

Como se puede apreciar, resulta trascendental que el juez tenga la posibilidad de tener contacto sensorial directo con la prueba para que de ese modo, y de forma inmediata, pueda emitir un pronunciamiento arreglado a derecho con los conocimientos fácticos aún "frescos". La NLPT brinda el marco legal para que ello ocurra, estableciendo en los artículos 46° y 47° la forma cómo se debe actuar la prueba, en donde el juez tiene la obligación de tomar contacto con los medios probatorios y proceder a resolver la causa lo más pronto posible.

Nótese que esta indispensable y necesaria relación entre el contacto que debe tener el magistrado con la prueba y la emisión de la sentencia quedaría sin sustento alguno, si es que los jueces difiriesen la emisión del fallo más allá de los cinco días que de forma excepcional prorroga el artículo 47° de la NLPT. Volveremos sobre este tema más adelante, en la parte final del punto 6.

III. LA APLICACIÓN DE LA ORALIDAD EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Debemos advertir previamente que hemos observado en las audiencias de juzgamiento analizadas para la elaboración de la presente investigación, que no resulta tarea fácil para los jueces, auxiliares jurisdiccionales, abogados litigantes y partes en un proceso judicial laboral el desenvolverse en una audiencia en don prima la oralidad; y ello dado que en nuestro país siempre ha existido una tradición de litigar en procesos eminentemente escritos, siendo dicha tradición reforzada por la enseñanza universitaria, la cual recién, a raíz de la promulgación del Código

(5) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. Cuarta edición, Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 57.

Procesal Penal y de la NLPT ha empezado a darle importancia a la oralidad en los procesos judiciales.

Pero, la puesta en práctica de la oralidad no solo ha traído problemas en nuestro medio. Para tal efecto, GUAYACÁN ORTIZ[6] nos recuerda:

> "Existen dos garantías que pueden verse diezmadas con la entrada en vigencia de la oralidad, al menos en el periodo de transición. Estas son la de la defensa técnica y la motivación de las sentencias. Respecto de la primera, ello puede ocurrir mientras los apoderados adquieren las destrezas propias de la verdadera oralidad, preparación previa de las audiencias, agilidad en el planteamiento de preguntas y respuestas, riesgo que podría mitigarse si se le permite al juez apartar del proceso al apoderado que incurra en evidentes faltas técnicas en el desarrollo de las audiencias que pongan en riesgo el derecho de defensa de la parte. En cuanto a la motivación de las sentencias, es un costo que debe admitir toda sociedad mientras los jueces también adquieren destrezas para razonar y fallar en audiencias".

Como se puede advertir, resulta necesario que se vayan afinando algunas piezas para poner en marcha las audiencias de juzgamiento, estandarizando ciertos criterios procesales al momento de actuar la prueba.

Justamente, respecto de la actuación probatoria, hemos advertido que la NLPT no regula específicamente la oportunidad y la forma como debe actuarse un documento[7] en la audiencia de juzgamiento. En efecto, nótese que el artículo 46.5 de la NLPT establece la oportunidad y forma de actuación de diversas pruebas, como lo son, por ejemplo, la actuación de testigos y la declaración de parte, en donde se establece la oportunidad y la forma como deben llevarse los interrogatorios[8]; pero, la norma procesal no procede de la misma forma cuando se trata de la actuación de la prueba documental, haciendo referencia únicamente al momento en el que se actúan la exhibición y el reconocimiento de documentos; por lo que, cabe preguntarse ¿qué ocurre si es que no se solicita ni la exhibición ni el reconocimiento de un documento? ¿Qué ocurre si se presentan como medios probatorios un video, un audio y un facsímil? ¿Cuál de ellos se actúa primero?

(6) GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos, *Las implicaciones de la oralidad en algunas de las garantías constitucionales del proceso civil*. En: *Proceso y Constitución*. Ara Editores, Lima, 2011, p. 245.

(7) Siguiendo con lo establecido por el artículo 234° del Código Procesal Civil, debemos señalar que: "Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado".

(8) Para tal efecto, revisar los artículos 24° a 26° de la NLPT. Nótese que en el Subcapítulo que contiene los referidos artículos, no se hace referencia alguna a la forma como debe actuarse la prueba documental.

Adicionalmente a ello, ¿Cómo debe proceder el juez cuando se trate de la actuación de un video? ¿Debe darle a la parte oferente la posibilidad de hacer un análisis previo del mismo? ¿Deben visualizar todo el video o solo la parte pertinente? ¿Se deberá actuar primero un video o un audio antes que un documento escrito?

Estas y otras interrogantes han surgido en las audiencias de juzgamiento revisadas, no actuando los jueces de la misma forma en todos los casos. En este punto nos detendremos para señalar que no somos de la opinión que deba modificarse la norma procesal estableciendo el momento y forma de actuación de la prueba documental, dado que consideramos que lo óptimo es que la propia judicatura laboral emita directivas de la forma como debe desplegarse la actuación de este tipo de medios de prueba. No resulta, pues, necesaria una modificación legislativa, sino una unificación jurisprudencial que otorgue reglas de juego claras, las cuales puedan ser seguidas por los jueces y las partes del proceso al momento de actuar la prueba documental en la audiencia de juzgamiento.

De otro lado, hemos notado que algunos magistrados siguen utilizando el modelo anterior al momento de admitir documentos presentados por las partes, identificando el documento presentado y señalando un "téngase presente al momento de resolver".

Al respecto, consideramos que la forma de proceder indicada en el párrafo precedente no cumple con utilizar adecuadamente las técnicas y herramientas que la oralidad nos brinda, ni propicia un análisis adecuado de estos medios probatorios. Así las cosas, consideramos que el magistrado, al momento de actuar la prueba documental, debe tener en consideración la importancia de las mismas, decidiendo el orden en el que se actuarán los documentos propuestos, para luego proceder de la siguiente forma:

i) Identificar la parte que está presentando la prueba, señalando expresamente el folio en el que se ubica y la clase de documento presentado (si se trata de un documento escrito, un audio o un video);

ii) Conceder el uso de la palabra al oferente o su abogado para que se explique de manera oral la finalidad de dicha prueba;

iii) Otorgar a la parte contraria o su abogado la posibilidad de hacer alguna referencia a dicha prueba o a contradecir la misma, únicamente respecto de su contenido;

iv) El juez debe proceder a leer, escuchar o visualizar la parte pertinente del documento materia de actuación, consultando para tal efecto al oferente para que indique el lugar exacto donde se encuentra la indicada parte pertinente que es objeto de prueba; y

v) Oralizar el documento, esto es, leer, escuchar o visualizar la parte pertinente del mismo para que quede constancia de ese hecho en la grabación de la audiencia.

Cabe señalar que la finalidad de oralizar los documentos no radica únicamente en el hecho de que quede registrado dicho acto en la grabación de la audiencia de juzgamiento; sino que, por sobre todas las cosas, a efectos de que el juez tome conocimiento directo del contenido del documento, conocimiento que le será de suma utilidad al momento de resolver la controversia.

Adicionalmente a ello, debemos señalar que quedará a criterio del magistrado el proceder a leer la totalidad del documento escrito, o escuchar o visualizar la totalidad del audio o video presentados.

De otro lado, debemos indicar que no resultará válido que el juzgador, en este momento de la audiencia de juzgamiento, se niegue a oralizar la prueba documental de la forma antes indicada, en el entendido de que la misma no posee utilidad probatoria, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1° de la NLPT, el juez, antes de proceder con la actuación de los medios de prueba ofrecidos, debe dejar de lado los que estén dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.

Finalmente, no debemos dejar de mencionar el hecho que algunas instancias judiciales vienen estableciendo cierto tipo de reglas en la actuación de prueba documental. Es el caso de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que con fecha 3 de setiembre de 2008, en el marco del proceso judicial seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por violación de derechos humanos, emitió el documento denominado "Reglas para la práctica de la prueba documental y documentada"[9]. Mediante la emisión de dicho documento, la Sala Penal fijó las reglas que se seguirían al momento de actuar la prueba documental, lo cual no está específicamente normado en el Código Procesal Penal.

Así, consideramos que resulta válido y conveniente que sea la propia judicatura la que establezca ciertas reglas de juego previamente establecidas mediante la emisión de directivas, plenos jurisdiccionales o resoluciones administrativas en las que se establezca la forma de actuación probatoria cuando se trate de prueba documental.

(9) El referido documento puede ser descargado de la siguiente página web: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/Documentos/SPE_REGLAS_PRACTICA_PRUEBA_DOCUMENTADA_030908.pdf>.

IV. SIMILITUDES ENTRE TESTIMONIOS Y PRUEBAS DOCUMENTALES

Un punto importante que debe tenerse en consideración es que el oralizar un documento, constituye un hecho similar a actuar una prueba testimonial o una declaración de parte. Pese a que reconocemos que existen grandes diferencias entre dichas pruebas y aquella, no es menos cierto que, como sostienen algunos autores, la prueba testimonial o la declaración de parte poseen similitudes con la prueba documental que merece resaltar.

Lo mencionado en el párrafo precedente es compartido por DEVIS ECHANDÍA[10], quien sostiene que existen semejanzas entre el testimonio y el documento. Veamos:

> "El testimonio y el documento se asemejan en que ambos son pruebas históricas, representativas, declarativas (cuando el segundo contiene una declaración de quien lo suscribe) e indirectas (en el sentido de que sirven para llevarle al juez el conocimiento de un hecho que no percibe). Estas analogías han conducido a algunos autores a afirmar que el documento es un testimonio escrito (...) y que existe entre ellos un 'perfecto paralelismo'".

Más adelante, el autor colombiano señala respecto de la confesión y el documento lo siguiente:

> "Se asemejan la confesión y el documento en que pueden provenir de alguna de las partes en el proceso (pero el segundo también puede provenir de un tercero) y en que ambos medios pueden constituir plena prueba contra la parte de quien provienen (...)"

Nuestra intención en hacer esta comparación no es otra que traer a colación la forma como deben actuarse los medios probatorios cuando se cuenta con la técnica de la oralidad. Así, utilizando correctamente esta técnica, es posible que se pueda oralizar la prueba documental, haciendo de los documentos verdaderos medios de prueba que se asemejan a las pruebas declarativas, de donde se pueden extraer conclusiones, sobre la base de su discusión oral en el proceso.

De esta forma, el magistrado puede, utilizando la técnica de la oralidad, darle vida a un medio probatorio cuya valoración históricamente se encontraba reservada para el análisis solitario del juzgador al momento de resolver la controversia, convirtiéndola en una prueba cuyo valor puede ser materia de análisis y consulta en la audiencia, logrando con ello que se pueda arribar a conclusiones muy importantes que abonaran en una efectiva solución de la controversia.

(10) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba*, Tomo I. Quinta edición, Bogotá, 2002. pp. 505-507.

Así, queda claro que los jueces deben oralizar la prueba documental, la cual no debiera ser revisada por el juzgador únicamente antes de emitir sentencia, sino que debe actuarse dicha prueba en la audiencia de juzgamiento, oralizando la misma de la forma antes propuesta a efectos de que el juzgador cuente con mayores elementos de juicio al resolver.

V. VENTAJAS DE ORALIZAR DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

En la dinámica de la audiencia de juzgamiento, la NLPT ha otorgado especial énfasis a temas referidos a la confrontación de posiciones, a los alegatos y a la sentencia inmediata; pero no se ha dado el debido realce que debe tener la oralidad en materia probatoria, sobre todo en el momento de actuar prueba documental.

Como dijéramos anteriormente, hemos notado en las audiencias de juzgamiento revisadas, que los magistrados, luego de actuar las pruebas declarativas y periciales, y llegado el momento de la actuación documental, no vienen desplegando las herramientas que la oralidad otorga para una adecuada actuación de dicha prueba; por el contrario, simplemente tienen presente el valor probatorio del documento al momento de resolver, perdiéndose una excelente oportunidad de utilizar la oralidad como herramienta para llegar a la tan ansiada verdad real.

Consideramos que si un magistrado sigue con los lineamientos señalados en el punto tercero de la presente investigación, va a tener una excelente oportunidad para utilizar las conclusiones a las que arribe al actuar la prueba documental como sustento de su resolución final. Pero, podría parecer que si se utiliza el mecanismo propuesto para actuar la prueba documental, las audiencias de juzgamiento se extenderían más de lo debido, dado que dicho mecanismo va a tomar un mayor tiempo del que se le dedica actualmente. Pese a ello, consideramos que, si bien es cierto en el terreno de los hechos este mecanismo trae consigo un incremento tanto en el tiempo de la audiencia como en el esfuerzo del juzgador, no es menos cierto que el nivel de acierto que puede proveer este sistema al momento de resolver la controversia es mayor; en consecuencia, también será mayor el nivel de efectividad que se tenga al sentenciar.

VI. CUESTIONES ADICIONALES A TENER EN CONSIDERACIÓN

En este punto analizaremos dos aspectos que a nuestro entender resultan relevantes: (i) un defecto de la Ley N° 26636 en el punto referido a la revisión de planillas por parte de un órgano de auxilio judicial, que ha sido corregido por la NLPT; y, (ii) la necesidad de que el juzgador sentencie el proceso una vez terminada la audiencia de juzgamiento o en el menor tiempo posible.

El defecto advertido en la Ley N° 26636 se encuentra insertado en el artículo 35° de dicha norma procesal. El referido artículo hacía referencia a la exhibición de planillas, posibilitando que empresas demandadas que contaran con más de 50

trabajadores o cuya información sea compleja o de gran magnitud, puedan trasladar la obligación de la elaboración del informe revisorio de planillas al perito revisor adscrito al juzgado, quien debía efectuar la revisión de las planillas en el local de la empresa demandada.

En efecto, con el solo pago de una tasa judicial, el empleador podía trasladar su deber de demostrar el pago de los beneficios sociales al perito revisor de planillas, logrando con ello que el trabajoso informe de planillas sea trasladado a un asistente judicial.

Ello ocasionó que en los juzgados de trabajo se generase un verdadero cuello de botella, dado que la empresa, con el pago de una tasa, trasladaba su deber de demostrar sus afirmaciones al juzgado. Adicionalmente a ello, no era raro ver que la propia empresa que fue la que proporcionó la información, observara los informes revisorios al considerar que no se había cumplido a cabalidad con la orden del juzgado de revisar la documentación, a lo que habría que agregar que los revisores de planillas adscritos a los juzgados, a diferencia de los inspectores del trabajo, no contaban con una norma que establezca que si no eran atendidos oportunamente o la empresa no brindaba la información solicitada, serían objeto de multas o apercibimientos.

Lo señalado en el punto precedente hizo que este sistema colapse, convirtiéndose en un verdadero cuello de botella, situación que ha sido corregida por la NLPT, norma que no regula esta vetusta e ineficiente práctica judicial.

Así, la NLPT no posibilita a la empresa que, previo pago, ordene qué órgano de auxilio judicial acuda a las instalaciones de la demandada a recolectar información. Por el contrario, la norma procesal obliga a la empresa demandada a concurrir a la audiencia de juzgamiento con las planillas de pago en atención a lo dispuesto en los artículos 23.4° inciso a) y 27° de la NLPT.

Y ello es así porque constituye un deber del empleador el demostrar el pago de los beneficios reclamados con la presentación en la audiencia de juzgamiento de las planillas manuales, copia certificada de las mismas o planillas electrónicas; o, mejor aún, con el envío de un informe revisorio de planillas de parte.

Lo señalado en la parte final del párrafo precedente constituye una recomendación que debemos hacer a los empleadores a efectos de que acudan a la audiencia de juzgamiento con un peritaje de parte elaborado por la empresa respecto de la planilla de pagos del trabajador demandante, acompañando a dicho informe el libro de planillas, conforme lo prevé la norma procesal. Ello con el fin de que se puedan hacer las revisiones y verificaciones correspondientes por parte del juzgado, lo cual coadyuvará a que el caso se resuelva con prontitud y denotará la buena fe con la que deben actuar los empleadores respecto del pago de beneficios sociales.

Así, dicho informe de parte debe ser puesto en conocimiento del juzgador en la audiencia de juzgamiento, debiendo el magistrado someter el mismo al contradictorio correspondiente, pudiendo ordenar al perito adscrito al juzgado efectuar una comprobación de la información recogida en el informe mencionado con vista a los libros de planilla que debe traer consigo la empresa para la audiencia de juzgamiento.

Finalmente, retomando lo señalado en el párrafo final del punto segundo de la presente investigación, si es que los jueces difiriesen la emisión del fallo más allá de los cinco días que de forma excepcional prorroga el artículo 47° de la NLPT, se estaría perdiendo una excelente oportunidad para que el magistrado resuelva la controversia con los recuerdos aún frescos de lo actuado en la audiencia de juzgamiento.

No debe descuidarse el hecho que lo establecido en el artículo 47° de la NLPT, referido a que el magistrado, en forma excepcional, puede diferir el fallo para efectuarlo dentro de los 5 días hábiles posteriores, ha sido pensado en que no transcurra mucho tiempo desde la realización de la audiencia de juzgamiento hasta que el proceso sea resuelto, dado que el juzgador puede ir perdiendo, por transcurso del tiempo, los recuerdos y situaciones que presenció al momento de dirigir la audiencia de juzgamiento

Adicionalmente, si se difiere la emisión de la sentencia más allá del término establecido por la norma procesal, se corre el riesgo de que el magistrado que llevó a cabo la audiencia de juzgamiento sea reasignado a otra judicatura. Ello no resulta raro a la luz de la enorme provisionalidad que hasta la fecha perdura en nuestro Poder Judicial. Con ello, se ocasionaría un daño al proceso en sí, y se contravendría el principio de celeridad, dado que el nuevo juez tendría que realizar una nueva audiencia de juzgamiento, o, en todo caso, resolver la controversia visualizando el video de dicha diligencia ya realizada, lo cual contraviene el espíritu de la NLPT.

Por ello, resulta aconsejable que los magistrados no prorroguen la fecha de la sentencia, dado que se perdería uno de los principales objetivos de la oralidad: que se resuelva la controversia con celeridad y objetividad.

VII. CONCLUSIONES

1. Los jueces no vienen aplicando de manera correcta y eficiente las técnicas que nos brinda la oralidad al momento de actuar prueba documental en la audiencia de juzgamiento.

2. Dado que la NLPT no establece específicamente la oportunidad y la forma como debe actuarse la prueba documental en la audiencia de juzgamiento, deben los magistrados, a través de la emisión de directivas, plenos jurisdiccionales o resoluciones administrativas, determinar las reglas que utilizarán al momento de actuar la prueba documental.

3. La finalidad de oralizar la prueba documental radica en el hecho de que el juez tome conocimiento directo del contenido del documento, conocimiento que le será de suma utilidad al momento de resolver la controversia.

4. La prueba documental no debe ser revisada por el juzgador únicamente antes de emitir sentencia, sino que debe actuarse dicha prueba en la audiencia de juzgamiento, oralizando la misma a efectos de que el juzgador cuente con mayores elementos de juicio para resolver la controversia.

BIBLIOGRAFÍA

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba.* Tomo I. Quinta edición, Bogotá, 2002.
- GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. "Las implicaciones de la oralidad en algunas de las garantías constitucionales del proceso civil", *en Proceso y Constitución.* ARA Editores, Lima, 2011. p. 245.
- MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil.* Cuarta edición, Thomson - Civitas, Navarra, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral.* Cuarta edición, Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Objetivos, bases y medios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". *En: Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo.* Jurista editores.
- PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo.* ARA Editores, Lima, 2011.
- SPDTSS, Libro del IV Congreso Nacional de la SPDTSS. Cusco, 2010.

LA CONCILIACIÓN EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Jessica PIZARRO DELGADO

Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, actualmente se desempeña como abogada defensora laboral de oficio de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** La conciliación y otros medios alternativos de solución de conflictos. **III.** La conciliación extrajudicial. **IV.** La conciliación judicial laboral en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. **V.** El acuerdo conciliatorio. **VI.** Importancia de la conciliación. **VII.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos laborales tienen múltiples orígenes y existen diversos tipos de conflictos, los hay individuales y colectivos, los hay derivados de fuente legal o convencional, existen conflictos al inicio de la relación laboral, durante su desarrollo y también los derivados de la extinción del vínculo laboral, y así como hay múltiples conflictos también hay múltiples formas de solucionarlos, las partes pueden solucionar el conflicto de manera directa, o pueden acudir ante un tercero que les ayude a la solución del conflicto, sea a través de la conciliación, mediación, arbitraje y como última ratio ante el Poder Judicial.

En este breve estudio nos ocuparemos de la conciliación laboral en el Perú, tanto de la extrajudicial, como de la privada y administrativa, pero sobre todo la conciliación judicial a las luces de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

II. LA CONCILIACIÓN Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como sabemos los conflictos se pueden solucionar de manera directa por la autocomposición, o por heterocomposición, es decir, las partes buscan a un tercero para su solución, este tercero puede asistirlos en la búsqueda de la solución, puede proponer la fórmula de solución, o puede establecer la decisión a la cual las partes se deben someter como en el arbitraje y finalmente el caso de judicializar el conflicto.

Los medios alternativos de solución de conflictos son formas de resolver el conflicto sin someterse al tradicional Poder Judicial, y en el Perú son la negociación, mediación, conciliación y arbitraje, los rasgos que diferencian cada uno se pueden simplificar de la siguiente manera: en la negociación las partes en forma directa encuentran la solución al conflicto, en la mediación las partes encuentran la solución asistidas por un tercero que facilita la comunicación, mientras que en la conciliación este tercero además de facilitar el diálogo también propondrá fórmulas conciliatorias, y, en el arbitraje las partes acuerdan someterse a la decisión de uno o varios terceros, que darán la solución al conflicto.

Para TOYAMA es importante destacar que para el caso del mediador y del conciliador, la doctrina no es uniforme respecto a sus atribuciones, "(...) tradicionalmente, la distinción entre la conciliación y la mediación ha sido la siguiente: de un lado, la conciliación busca acercar a las partes, sin proponer solución alguna al conflicto laboral y, de otro lado, la mediación supone que el mediador no solamente buscará reconciliar a las partes, sino que propondrá fórmulas de solución de conflictos"(1).

La conciliación consiste en que las partes llegan a un acuerdo, siempre en presencia de un tercero "imparcial", quien se encargará de dirigirla y proponer distintas posibilidades para el acuerdo(2).

La Oficina Internacional del Trabajo (OIT) define a la conciliación como "(...) una práctica que consiste en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa, o a una solución adoptada de común acuerdo"(3).

Para cerrar este apartado, señalaremos que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, siendo que la última puede ser privada o administrativa.

(1) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La homologación de conciliaciones privadas y el principio de irrenunciabilidad de derechos". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 14. Gaceta Jurídica, Lima, Noviembre de 1999, p. 45.
(2) PRIORI POSADA, Giovanni; CARRILLO TEJADA, Santiago; GLAVE MAVILA, Carlo; PÉREZ-PRIETO DE LA CASAS, Roberto y SOTERO GARZÓN, Martín. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 2011, p. 174.
(3) En OIT. *La conciliación en los conflictos de trabajo*. Ginebra. 1974, p. 4.

III. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Los conflictos laborales tienen la oportunidad de ser resueltos por la conciliación extrajudicial, dentro de esta tenemos la conciliación privada y la conciliación administrativa, la diferencia básica radica en que la primera se celebra ante un centro de conciliación privado o bien ante un centro de conciliación del Ministerio de Justicia o de los Colegios de Abogados, mientras que la última se celebra ante un funcionario del Ministerio de Trabajo competencia que en forma exclusiva le ha dado la Nueva Ley Procesal del Trabajo(4), en todos los casos el conciliador es especialista en materia laboral.

La particularidad que tiene la conciliación administrativa es que ha sido regulada para ser facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador, puesto que si el empleador no asiste se le impondrá una multa pecuniaria como sanción.

Ambas se asemejan en que su finalidad es dar solución al conflicto a través de un acuerdo consensual asistidos por el conciliador que busca facilitar la comunicación entre ambas partes, las materias conciliables siempre versarán sobre derechos disponibles pues se velará por la irrenunciabilidad de los derechos laborales, además que el acuerdo deberá ser revisado por un abogado en caso que el conciliador no sea abogado.

Respecto a su valor podemos precisar que indubitablemente la conciliación celebrada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo es un título ejecutivo, sin embargo en el caso de la conciliación privada hubieran podido surgir dudas respecto a la calidad que le otorga la Ley 26636 –vigente aún en varios distritos judiciales– ya que por un lado en su Art. 72° señala que es título ejecutivo el acta de conciliación debidamente homologada, lo que quería decir que antes de ejecutarla habría que pedir su homologación ante la Sala Laboral, y por otro lado en su Art. 76° prescribe que son títulos de ejecución las actas de conciliación judicial o extrajudicial, pero felizmente la duda se ha disipado con la nueva regulación que el Código Procesal Civil otorga la proceso único de ejecución(5), norma aplicable en forma supletoria al proceso laboral.

Ahora, el real problema se presenta con el tratamiento que les otorga la Nueva Ley Procesal del Trabajo, por un lado en forma práctica considera en su Art. 57° que son títulos ejecutivos la conciliación extrajudicial tanto la privada como la administrativa, calificación muy saludable, pero por otro lado, señala en el cuarto párrafo del Art. 30° que los acuerdos conciliatorios pueden darse independientemente del proceso judicial y no requieren ser homologados para su cumplimiento o

(4) **Quinta Disposición Complementaria.**- La conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador. Se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual proporciona los medios técnicos y profesionales para hacerla factible.
(5) Regulado por Decreto Legislativo N° 1069.

ejecución, hasta ahí esto está bien, pues se refiere a la conciliación extrajudicial sea privada o administrativa, pero más adelante señala que la demanda de nulidad del acuerdo es improcedente si el demandante lo ejecutó en la vía del proceso ejecutivo habiendo adquirido, de ese modo, la calidad de cosa juzgada, ese es el problema que se presenta, pues ahí se hace burla sonora al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

En la opinión de ALVA, si el trabajador exige el cumplimiento de dicha conciliación (en un proceso ejecutivo), y se percata que el mismo importa renuncia de derechos no disponibles, no podrá solicitar su nulidad (no obstante ser abiertamente contrario a las normas constitucionales), por cuanto el hecho de haber solicitado su cumplimiento en la vía judicial, le dio calidad de cosa juzgada[6].

En nuestra opinión esa interpretación no podría ser sustentable por atentar contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, consagrado en nuestra Constitución Política, creemos que lo acertado es orientar la solución, a que de darse el caso que un trabajador concilie por un monto que implique un suma diminuta frente a lo que realmente le corresponde, este puede ejecutar el acta y reclamar el reintegro de los beneficios sociales adeudados a través de un proceso de conocimiento, será parte de sus fundamentos de hecho que el acta está viciada por vulnerar sus derechos irrenunciables y de esta manera el trabajador obtendrá justicia.

IV. LA CONCILIACIÓN LABORAL JUDICIAL EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

En términos generales podemos decir que el fin de la conciliación laboral siempre será el mismo: un asistir a las partes para que logren encontrar la solución al conflicto, satisfaciendo ambas sus intereses y respetando los derechos laborales irrenunciables.

Para ROMERO, no obstante estar contemplada la conciliación en la ley procesal peruana, sin embargo no se ha sabido apreciar la importancia de la misma. Los comparendos realizados sin la presencia del juez jamás buscaron conciliar el conflicto. Es un hábito casi generalizado que el secretario del juzgado, cuando no un ayudante de este, da por hecho que la conciliación ha fracasado y continúa con el trámite de los actos subsiguientes. Algunos jueces no son capaces de comprender que la conciliación descongestiona su despacho y le evita dictar sentencia. A su vez, algunos abogados consideran que la conciliación es incompatible con el buen honorario y por consiguiente no les interesa conciliar el conflicto[7].

(6) ALVA CANALES, Armando. *El Nuevo Proceso Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 202.
(7) ROMERO MONTES, Francisco. *El Nuevo Proceso Laboral*. Editorial Grijley. Lima, 2011, pp. 51 y 52.

1. Características de la conciliación

VINATEA y TOYAMA[8] al comentar la sentencia del Expediente N° 0008-2005-AI del Tribunal Constitucional, señalan las siguientes características de la conciliación:

- **Es flexible**, porque se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- **Es rápido**, se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto; este es un punto importante en el nuevo proceso laboral porque la rapidez supone una mejor tutela de los trabajadores, que no tienen que esperar un largo tiempo para el cobro de sus beneficios sociales.
- **Es reservado**, porque se promueve con sigilo y discreción en relación con las personas o entes ajenos al conflicto.
- **Es definitivo**, porque se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

2. El juez-conciliador

Pero siendo el caso que cuando ya estamos en un proceso judicial, quien dirige la conciliación ya no es un tercero imparcial sino el juez, quien no es precisamente "imparcial" sino que por la naturaleza de los derechos que se discuten es un juez tuitivo, un juez que vela por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y además que resuelve un conflicto de carácter social, es por ello que la conciliación judicial laboral tiene otros matices que carecen la conciliación privada y administrativa.

En el caso de tratarse de un proceso abreviado, cuando llega la audiencia única el juez ya conoce la posición del demandante y también la defensa del demandado, entonces su panorama del conflicto será claro y sabrá por dónde conducirse en esta importante etapa, y aunque la conciliación sea una parte de toda la audiencia única, no por eso deja de ser la etapa más importante de la audiencia.

La conciliación en el proceso ordinario tiene otro esquema, ya que se goza de una propia audiencia considerando la importancia de esta etapa, pero el juez laboral solo tiene la demanda en su expediente, ya que la contestación de la demanda será presentada en la misma audiencia solo si fracasa la conciliación, entonces

(8) VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo - Análisis Normativo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 157.

el juez conoce de manera cierta la posición del demandante y desconoce cuál será la posición del demandado.

Este especial panorama que se da en la audiencia de conciliación, puede ser favorable a la solución del conflicto o también puede ser desfavorable, ya que dependerá del rol que asuma el juez al conducir la audiencia, y cabe decir, que el juez en ese momento deja de ser "el juez" y pasa a ser un comunicador y también facilitador del diálogo entre las partes.

El juez a través de la inmediación tomará conocimiento de los hechos que expresará la parte demandada y su posición frente a la demanda, y también por el diálogo que surge se aproximará a los medios probatorios que el demandado pretende introducir en el proceso.

En la etapa de conciliación, el juez puede utilizar todas las técnicas existentes de la conciliación porque no hay límite alguno, entre ellas escucha activa, las preguntas, el parafraseo, el replanteo, mensajes en primera persona, sesiones conjuntas, sesiones privadas, lluvia de ideas, y cualquier otra técnica que resulte aplicable a la solución del conflicto laboral.

Para VINATEA y TOYAMA, en el proceso laboral se asigna al juez un rol mucho más activo en el fomento y promoción de la conciliación, en la medida que el legislador ha querido fijar las condiciones necesarias para que un acuerdo conciliatorio beneficie a ambas partes[9].

3. El conflicto laboral

El conflicto que se pretende conciliar es un conflicto laboral que es un conflicto social, puesto que se trata del conflicto originado en una relación de naturaleza laboral, formativa o cooperativista –no olvidemos que los conflictos de naturaleza administrativa se ventilan en un proceso contencioso-administrativo que carece de etapa de conciliación–, y en todas estas relaciones el trabajador o prestador de servicios ha puesto su fuerza de trabajo a disposición de su empleador, con quien ha tenido inconvenientes dentro de la relación o al finalizar esta, y ello conlleva a que el trabajador o prestador de servicios muchas veces siente que dio todo por su empleador y a cambió no recibio un trato justo ni el pago de lo que por ley le corresponde, por otro lado, el empleador peruano en su gran mayoría no ve al trabajador como el potencial humano de su organización sino ve en él un servicio brindado a cambio de un costo económico excesivo para lo que quiere o puede pagar, en ocasiones también siente burlada la confianza que depositó en el trabajador.

(9) VINATEA RECOBA, Luis y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., p. 255.

Estas posiciones que mayormente asumen la parte demandante o demandada en el proceso, hacen que el conflicto tenga un matiz muy social, y por ende que no se vea el proceso como una simple obligación de dar suma de dinero, sino que cada una de las partes tiene toda una carga emocional puesta en conflicto, y esta carga debe ser liberada por el magistrado-conciliador, a fin de poder avanzar y lograr ver el conflicto con una gama de posibilidades para solucionarlos.

Al inicio de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, hemos visto procesos donde se cumplió la promesa de una duración de seis meses, pero conforme han pasado los meses, los procesos ya no tienen la duración prometida, sino que corren varios meses desde la interposición de la demanda hasta la audiencia de conciliación o la audiencia única, por lo menos en el Distrito Judicial de Arequipa –donde tenemos conocimiento certero de ello–, puede ser hasta de 8 meses el tiempo entre la demanda y la audiencia única y de 6 meses entre la demanda y la audiencia de conciliación.

Este tiempo excesivo que empeora el conflicto, que supone una dilación del proceso y atenta contra el derecho del justiciable de obtener una decisión pronta al conflicto que somete al aparato judicial, puede presentar una gran ventaja al momento de conciliar, y veamos por qué, como señalábamos tanto demandante y demandado del proceso laboral tienen una gran carga emocional que agranda el conflicto, si estos tienen la oportunidad de reunirse muy pronto después del cese para buscar una solución, es muy probable que la carga emocional que llevan dentro los traicione e impida el diálogo, pero si han transcurrido 6 u 8 meses desde el cese hasta la oportunidad que tienen para conciliar, es bastante probable que los sentimientos en contra se hayan calmado y las partes tengan la predisposición a dialogar para encontrar una solución al conflicto.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que el proceso laboral busca superar la desigualdad ente las partes[10], pues esta desigualdad no escapa a la etapa de la conciliación, donde el juez-conciliador debe emplear técnicas adecuadas para igualar a las partes, lo que tiene estrecha relación con el principio de empoderamiento que inspira a la conciliación.

4. Oportunidad de la conciliación

En la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la conciliación puede darse en la etapa correspondiente, puede ser a iniciativa del juez en cualquier etapa del proceso y hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada.

Esta regulación no generaría mayor inquietud sino hasta cuando nos ponemos en la posibilidad de que el proceso se encuentra en segunda instancia y las

(10) Art. III.- En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes.

partes quieren conciliar el conflicto, ¿ante quién lo harán? Ante el juez de primera instancia que conoció el proceso o ante el juez u órgano colegiado de segunda instancia que resolverá el recurso de apelación, y si el proceso se encontrara en casación, podría conciliarse ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema? Creemos que aunque el legislador no lo haya especificado la respuesta está orientada a que las partes conciliarían ante el juez de primera instancia aunque su competencia se encuentre suspendida en mérito a los recursos impugnatorios.

V. EL ACUERDO CONCILIATORIO

Ahora entremos al fondo del asunto, el acuerdo al que se puede llegar a través de la conciliación judicial, según el Art. 30° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, este acuerdo debe superar el test de disponibilidad de derechos, para lo cual se toman los siguientes criterios:

a) El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles.

b) Debe ser adoptado por el titular del derecho.

c) Debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante.

A continuación analizaremos cada uno.

1. El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles

La conciliación presenta muchas bondades, es una forma rápida de darle solución al conflicto laboral, ofrece que ambas partes satisfagan sus pretensiones reduciendo costos de tiempo y dinero, la posibilidad de retomar lazos de amistad entre las partes, pero lo crucial de la conciliación laboral es el tema referido a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y que está contenido en la primera exigencia del test de disponibilidad.

Y es que el principio de la irrenunciabilidad de derechos es un principio rector del Derecho Laboral, el que busca proteger al trabajador evitando sea despojado de los derechos que le corresponden aunque él mismo disponga de sus derechos de los cuales no puede disponer.

Según PLÁ RODRÍGUEZ el principio de irrenunciabilidad de derechos consiste en la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio[11].

(11) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1978, p. 14.

¿Qué derechos laborales son renunciables? Pues los disponibles, ALVA al citar al profesor Jorge Toyama, señala que este nos dice: "en general se admite que pueden ser materia de renuncia y por consiguiente materia de conciliación: los derechos nacidos de contratos individuales de trabajo, los derechos nacidos de una costumbre, los derechos inciertos, los hechos que inciden sobre una relación laboral (fecha ingreso, lugar de trabajo, etc.), los derechos por encima de los mínimos legales, los derechos optativos, los derechos cuya acción judicial ha prescrito (como el reclamo de indemnización por despido arbitrario pasados los treinta días de la fecha del despido), y todos aquellos derechos que provienen de fuente renunciable". Tal como lo manifiesta el profesor Toyama, solo resulta posible conciliar (renunciar) respecto a aquellos derechos que escapan a los mínimos legales, que constituyen derechos inciertos[12].

Para PASCO, la conciliación consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo. En definitiva, la solución queda liberada a la solución de las partes, a la confluencia de sus voluntades[13]. Pero en el acuerdo conciliatorio sobre materia laboral la solución no queda liberada totalmente a las partes, sino que la solución se somete al respeto del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Situándonos ya en la práctica, cuando estamos en la etapa o en la audiencia de conciliación, es muy difícil en la realidad de los hechos llegar a un acuerdo conciliatorio que no vulnere la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y para el juez sería imposible aprobar un acuerdo que no supere el test de disponibilidad, entonces, el juez debe guiar a las partes hacia acuerdos flexibles pero legales.

En el proceso laboral, como en cualquier proceso judicial, no resulta vencedor quien dice la verdad, sino quien puede probar esa verdad que lleva a juicio, entonces en el momento de la conciliación corresponde a los abogados asesorar a las partes para que fijen límites al acuerdo conciliatorio en función a lo que realmente pueden probar, aunque ello podría significar una renuncia de derechos laborales, pero de derechos laborales no acreditados. Por inconsistente que parezca lo señalado es la opción más adecuada para darle forma al acuerdo conciliatorio y que supere el test de disponibilidad.

Hay casos que no se acredita todo el periodo laborado, el monto de la remuneración, el despido, entonces el acuerdo podría versar sobre el periodo que efectivamente se acredita, sobre la remuneración mínima vital, entre otros.

(12) ALVA CANALES, Armando. *El Nuevo Proceso Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 197.
(13) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 162.

Para que el acuerdo sea consistente sería recomendable que en primer término señale el periodo laborado, con ello se puede dejar de lado periodos laborados que no tienen medios probatorios que los sustenten y centrar las soluciones en torno a lo que girará el proceso judicial si se continuara, luego se determinaría las obligaciones que asumirá la parte demandada que puede reflejarse en el pago de beneficios económicos, entrega de documentos e incluso en el estado de la relación laboral cuando la pretensión sea de reposición del trabajador, cualquiera sea la obligación esta debe ser definida claramente de manera que contenga una obligación cierta, expresa y exigible, finalmente se establece la forma en que se realizará el acuerdo y las penalidades en caso de incumplimiento si así lo convienen las partes.

Finalmente, respecto a la irrenunciabilidad de derechos, en caso hubiera un acuerdo que abiertamente vulnere el principio de irrenunciabilidad de derechos, este será nulo y la parte afectada puede solicitar la nulidad de la resolución que aprueba la conciliación y de la conciliación misma y de esta manera seguir en juicio hasta obtener sentencia.

2. Debe ser adoptado por el titular del derecho

Este requisito del test no merece mayor comentario pues se explica por sí mismo, no creemos que el legislador haya tenido la intención de exigir que el titular del derecho no puede delegar representación en otra persona otorgándole facultades para conciliar, pues si un juez no permite conciliar al apoderado o representante del titular, sería el juez quien vulneraría el derecho del propio titular del derecho.

3. Debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante

Este requisito del test de disponibilidad exigido para la conciliación judicial colisiona frontalmente con la defensa no cautiva, que se pregona como una de las innovaciones de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Así pues, el artículo 16° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en su último párrafo señala que los prestadores de servicios pueden comparecer al proceso sin necesidad de abogado cuando el total reclamado no supere las 10 unidades de referencia procesal, y aun puede comparecer sin abogado si la cuantía es hasta 70 unidades de referencia procesal si el juez lo estima conveniente.

Esta nueva regulación de la defensa laboral no cautiva perjudica gravemente a los prestadores de servicios, pues no basta aprobar formatos para las demandas, para darles siquiera la idea que pueden ganar un proceso judicial sin abogado, pues ya vemos que no pueden conciliar si su abogado no interviene en el acuerdo.

Estas colisiones no solo las observamos en la conciliación, sino nos preguntamos cómo haría el demandante la exposición oral de sus posiciones, la oralización de las pruebas, los interrogatorios, los alegatos finales, los informes orales, es

decir, todo el despliegue de la litigación oral por sí mismo sin contar con un abogado defensor.

Creemos que fue un grave error regular la defensa no cautiva dentro del proceso laboral por los inconvenientes que señalamos, y si se diera el caso que un prestador de servicios que haya comparecido sin abogado pueda tener la oportunidad de conciliar, habría dos opciones a seguir, suspender la diligencia hasta que el demandante prestador de servicios comparezca asesorado por un abogado, o, que se produzca un desistimiento del proceso y dejar que las partes arreglen su conflicto fuera de proceso.

VI. IMPORTANCIA DE LA CONCILIACIÓN

Sea la conciliación judicial o extrajudicial, esta resulta ser una forma muy saludable de dar fin a un conflicto laboral donde antes existió una relación armoniosa y en la cual la parte trabajadora dio lo mejor de sí para lograr el engrandecimiento del empleador, y este creció gracias al potencial humano del trabajador ahora demandante.

Para ROMERO la conciliación libre y sincera contribuye a que el conflicto se solucione en forma satisfactoria para ambos litigantes, lo que no siempre consigue una sentencia. Esta última puede generar enconos y resentimientos en el perdedor, en cambio, la conciliación, por ser producto del consenso entre las partes en litigio, muchas veces es causa de simpatías entre los mismos[14].

Aun con las dificultades advertidas en el presente trabajo, la conciliación termina siendo de todos los medios alternativos para solucionar conflictos, el preferido en el proceso laboral, por cuanto ha demostrado que logra satisfacer los intereses y las necesidades de las partes, respetando los derechos irrenunciables de los trabajadores.

Las ventajas de la conciliación se reflejan en la economía, rapidez, confidencialidad, acuerdo justo, y sobre todo en que las partes pueden reanudar relaciones que en un momento fueron armoniosas, sin dejar de lado que las ventajas también son para el juzgador que se libera de la expedición de una sentencia y descongestiona de carga procesal su despacho.

Finalmente, recordaremos el célebre proverbio griego que nos enseña que es mejor saber que se vive en tiempos de paz antes de mantener la esperanza en la victoria.

(14) ROMERO MONTES. Ob. cit., p. 51.

VII. CONCLUSIONES

Primera: La conciliación laboral es un medio alternativo de solucionar el conflicto que puede darse fuera del proceso judicial o dentro de este en la etapa correspondiente y hasta antes de la notificación de la sentencia que tenga calidad de cosa juzgada.

Segunda: La conciliación judicial es conducida por el juez del proceso quien actuará como conciliador y podrá utilizar todas las técnicas posibles para que las partes logren la solución al conflicto.

Tercera: Para aprobar la conciliación, esta deberá superar el test de disponibilidad, especialmente velar por el respeto de la irrenunciabilidad de derechos laborales, lo que en la práctica es muy difícil, teniendo el juez la tarea de encontrar fórmulas que no vulneren este principio.

Cuarta: Dentro de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, hay colisiones entre la ejecución de la conciliación privada y el principio de irrenunciabilidad de derechos, así como en el test de disponibilidad y la defensa no cautiva.

Quinta: La conciliación es una forma muy saludable de solucionar el conflicto laboral, que es beneficiosa para las partes y hasta para el aparato judicial.

PALABRAS CLAVES

- Conciliación, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

LA TRAMITACIÓN DE LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL. A PROPÓSITO DEL PRIMER PLENO LABORAL SUPREMO

Mónica PIZARRO DÍAZ

Abogada del Estudio Echecopar, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO

I. La reparación frente al despido en la normativa laboral y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; II. La pretensión de reposición en la vía del proceso ordinario laboral; III. El Pleno Supremo Laboral y la reposición en la vía laboral.

I. LA REPARACIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA NORMATIVA LABORAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, las normas laborales sustantivas establecen dos tipos de reparación frente al despido que no se encuentre sustentado en una causa justa: (i) el pago de una indemnización o (ii) la reposición en el empleo.

En efecto, de acuerdo a lo previsto por el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-R (en adelante LPCL), en los casos en los cuales no pueda demostrarse que el despido se basa en una causa justa, o esta no haya sido alegada, corresponderá abonar al trabajador una indemnización por despido arbitrario. Paralelamente, el artículo 29° de la misma norma dispone que es nulo (y por ende, da lugar a la reposición en el empleo) el despido basado en cinco razones específicamente señaladas en la norma legal, a saber:

"a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del artículo 25;

d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir (...)".

Esta norma ha sido complementada por el artículo 6° de la Ley N° 26626 que califica también como nulo al despido que tiene como causa la discriminación por ser portador del VIH/SIDA. Adicionalmente, el artículo 31° de la Ley N° 27050 precisa que el despido también es nulo cuando tiene como causa la discriminación de una persona discapacitada.

Es decir, de acuerdo al diseño normativo de nuestro sistema legal, en principio, **la reparación ordinaria frente a un despido arbitrario será el pago de una indemnización, mientras que la reposición solo procederá en ciertos supuestos particulares que la legislación ha considerado especialmente dañosos** para el trabajador y, por ende, merecedores de una tutela especial.

Pese a la existencia de esta regulación legal, desde hace más de diez años, el Tribunal Constitucional viene extendiendo los alcances de la protección restitutoria (reposición) frente al despido sin causa justa, a través del mecanismo del proceso de amparo[1]. Esta extensión fue objeto de una sistematización en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, publicada el 13 de mayo de 2003, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada por el señor Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A. por vulneración del derecho al trabajo.

A través de esta extensa sentencia el Tribunal aclaró su posición alrededor de la posibilidad de que los trabajadores obtengan protección frente al despido arbitrario en la vía del proceso constitucional de amparo, precisando que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú no reconoce el derecho de los trabajadores a la estabilidad laboral absoluta sino el derecho a obtener una "protección adecuada" frente al despido arbitrario. Protección que debe ser determinada por el legislador

(1) Al respecto puede verse: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, noviembre, 2006, pp. 103-225.

dentro de un marco de proporcionalidad, de forma tal que esta resulte realmente "adecuada". Al respecto, el Tribunal indicó que esta protección adecuada se manifiesta de distintas maneras:

a. A través de una protección sustantiva, que a su vez puede ser:
   i. Preventiva (estableciendo unas causas determinas por las que se puede despedir y un procedimiento previo que permita la defensa del trabajador).
   ii. Reparadora (por medio de la indemnización). Al respecto, el Tribunal precisa que la indemnización establecida por la Ley constituye una protección adecuada, siempre y cuando el trabajador haya elegido cobrarla. Es decir, está en manos del trabajador decidir si para él la indemnización es o no una protección adecuada y dicha decisión se manifiesta con el cobro de la misma[2].
b. A través de una protección procesal, cuyos efectos pueden coincidir o ser distintos a los establecidos por el régimen de protección sustantiva y comprende:
   i. La acción impugnatoria de despido en la vía laboral, a través de la cual el trabajador puede pretender el pago de una indemnización.
   ii. El proceso de amparo, por medio del cual el trabajador puede pretender su reposición en el empleo.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal estableció que **la protección procesal del amparo** (que acarrea la reposición en el empleo) **procedía en tres casos**:

- **Despido Nulo:** En los supuestos establecidos en la Ley Productividad y Competitividad Laboral (despido discriminatorio, despido antisindical, despido como consecuencia de la queja del trabajador y despido durante el embarazo) y cuando el despido tenga por motivo ser portador ser VIH o presentar alguna discapacidad.
- **Despido Incausado:** Se procederá la reposición cuando se despida al trabajador sin expresarle una causa que justifique el cese.

(2) A efectos de permitir que el trabajador ejerza su derecho a optar entre el pago de la indemnización por despido y su reposición en el empleo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el pago de dicha indemnización debe ser ofrecido por el empleador de manera separada al pago de los beneficios sociales. (Compensación por tiempo de servicios, vacaciones, gratificaciones, utilidades, etc.), precisándose que el cobro de estos últimos no implica que el trabajador consienta la extinción de su vínculo laboral (precedente de observancia obligatoria contenido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03052-2009-PA/TC).

- **Despido fraudulento:** Se configura este tipo de despido cuando, aun cumpliendo con el procedimiento establecido en la norma, se imputan al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o se alega una causa de despido no establecida en la Ley o se produce la extinción de la relación de trabajo por un acto viciado de voluntad, como sucedería en el caso de la renuncia llevada a cabo bajo coacción.

Ahora bien, esta jurisprudencia se desarrolló durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, de acuerdo con la cual la acción de amparo constituía una **vía alternativa** a la que podía acudirse aun cuando existiera un proceso ordinario que también pudiese ser utilizado para la defensa del derecho vulnerado o amenazado, con la única condición de que el recurrente no hubiese optado previamente por acudir a la vía ordinaria(3). Es decir, de acuerdo a lo previsto por la norma vigente en ese momento, el amparo podía ser un proceso alternativo a los procesos ordinarios. Por ende, en este sistema resultaba admisible que el TC señalase que el trabajador despedido podía optar entre acudir a la vía del proceso del amparo solicitando su reposición o ir a la vía del proceso laboral ordinario solicitando el pago de una indemnización.

Empero, la Ley N° 23506 quedó derogada el 31 de diciembre de 2004, por efecto de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional, que implicó la aplicación de un nuevo sistema procesal constitucional. Así, en este nuevo sistema procesal constitucional, el proceso de amparo dejó de ser un proceso alternativo, para ser un **proceso residual**, que solo puede ser utilizado cuando no exista un proceso ordinario a través del cual la persona pueda obtener una tutela igualmente satisfactoria frente a la vulneración o amenaza de sus derechos constitucionales(4). En consecuencia, **la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional permitía esperar que se produjera una restricción respecto a las circunstancias en las cuales los trabajadores pueden acudir a la vía del amparo para solicitar su reposición en el empleo luego de haber sido despedidos.**

Es en estas circunstancias que el TC expidió la Sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, publicada el 22 de diciembre de 2005, en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.,

(3) "El artículo 6 inciso 3) de la Ley 23506 establece que: "No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria. (...) el referido dispositivo niega la posibilidad de obtener pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del problema planteado, si es que el agraviado". ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Proceso Constitucional de Amparo*. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 265.

(4) El artículo 5° del Código Procesal constitucional señala:
Artículo 5°.- Causales de improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando:
(...).
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
(...).

a través de la cual se establece, con calidad de precedente de observancia obligatoria, en qué supuestos procede el inicio de procesos de amparo para la impugnación de despidos(5).

De acuerdo a lo señalado en el fundamento 33 de la referida Sentencia, los fundamentos 7 al 25 de la misma constituyen precedente de observancia obligatoria. Es decir, son criterios que deben ser utilizados por los jueces al resolver procesos de amparo en materia laboral. Para los empleadores pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada, los criterios más relevantes que componen este precedente vinculante se encuentran en los fundamentos siguientes:

> (...)
>
> 7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación [la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional] modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.
>
> (...).
>
> 9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.
>
> (...)

(5) Un comentario a esta sentencia ha sido realizado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La subsidiariedad en los procesos de amparo laboral". En: *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Palestra, Lima, 2006, p. 387 y ss.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

(...)

20. (...) aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo[6], los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria (...). Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo".

De los fundamentos trascritos se observa que, si bien el TC reconoció que el proceso de amparo se convirtió en una vía residual, dicho órgano jurisdiccional continua considerando que los trabajadores pueden recurrir al amparo para impugnar el despido del que pudieran ser objeto en los mismos supuestos señalados en el caso Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú, que fue dictado durante la vigencia de la Ley N° 23506 y que ha sido reseñado en el punto precedente. Esta interpretación del TC se asentaría en el hecho de que el Código Procesal Constitucional indica que no se puede recurrir a la vía del amparo cuando exista otra vía **igualmente satisfactoria** para la tutela del derecho y el proceso laboral ordinario **no sería una vía igualmente satisfactoria**, ya que a través de él el trabajador no puede lograr su reposición en el empleo. Inclusive, para los casos en los cuales el trabajador sí puede pretender su reposición en el empleo en un proceso laboral ordinario[7], el TC sostiene que sí es posible acudir a la vía del amparo (en la que se

(6) De acuerdo a lo indicado en el fundamento 20 de la misma Sentencia, estos casos serían:
a) Impugnación de despido (sin reposición).
b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

(7) De acuerdo a lo indicado por el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley N° 27050 y la Ley N° 26626, es nulo el despido que tenga por motivo: (i) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión idioma, por ser portador de VIH o por presentar algún tipo de discapacidad; (ii) desarrollar actividades sindicales o estar afiliado a un sindicato; (iii) ser candidato a representante de los trabajadores, o haber actuado en condición de tal; (iv) presentar una queja contra el empleador; o (v) estar embarazada,

obtendría un idéntico resultado: la reposición del trabajador), indicando que esta última vía resulta más satisfactoria por su celeridad[8].

De esta forma, los únicos supuestos de impugnación de despido que el TC excluyó del ámbito del proceso de amparo son los siguientes[9]:

i) La impugnación del despido cuando se pretenda la indemnización. Lo que no constituyó ninguna variación ya que siempre ha sido jurídicamente imposible obtener el pago de una indemnización a través de un proceso constitucional, cuyo único efecto posible es retrotraer el estado de las cosas al momento en el cual se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

ii) La impugnación del despido cuando se trate de situaciones controvertidas que requieren una extensa actuación probatoria. Lo que tampoco constituyó ninguna variación, toda vez que los procesos constitucionales carecen de estación probatoria, lo que impide acudir a ellos en este tipo de casos[10].

De lo anterior, resulta claro que, de acuerdo a los criterios establecidos por el TC, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional continuaron siendo procedentes los amparos en los casos de despidos nulos, incausados o fraudulentos.

II. LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN EN LA VÍA DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL

Ahora bien, pese a que, como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha ampliado la protección restitutoria frente a supuestos de despido injustificado, comúnmente se entendía que dicha protección solo podía ser otorgada a través del proceso de amparo. Ello en la medida que, al no existir una norma sustantiva específica que permitiese la reposición de los trabajadores en tales supuestos, esta solo podía lograrse a través del proceso de amparo, por tener este como efecto "retrotraer

(8) Sobre este punto, Samuel Abad ha comentado que la admisión de estas pretensiones en el proceso de amparo genera "la sensación de que en tales casos funcionaria una especie de 'amparo alternativo'". "Amparo y residualidad. Los cambios introducidos y su desarrollo jurisprudencial". Lima: *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2009, p. 68.

(9) Para una síntesis de los supuestos de conflicto laboral en los que es posible recurrir a la vía del amparo, puede verse: PUNTRIANO ROSAS, César. "Criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido. A propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 147. Gaceta Jurídica. Lima, Febrero, 2006, pp. 239-247.

(10) Al respecto, Sanguineti ha señalado que: "la aptitud del despido fraudulento para desencadenar el proceso de amparo queda, de este modo, si bien no eliminada, al menos matizada, al situarse fuera del mismo todas aquellas extinciones que, aún pudiendo ser consideradas pertenecientes a esta categoría, precisen para la acreditación de la presencia de una vulneración de la Constitución de una actividad probatoria dotada de cierta complejidad". SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima, 2007, p. 100.

las cosas" al estado anterior a la violación del derecho fundamental[11]. Así, se sostenía que en dichos casos **la reposición no podía ser requerida en la vía del proceso ordinario laboral**.

Lo anterior se desprendía, no solo del contenido expreso de las normas laborales, sino de lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. Así, en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, signado con el número de expediente 976-2001-AA/TC, el Tribunal señaló que:

> b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, **el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada**; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.
>
> (...)
>
> b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.
>
> Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N° 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" (el resaltado es nuestro).

(11) **Artículo 1°.- Finalidad de los Procesos.**
Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (Código Procesal Constitucional).

Según se observa de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional en ningún momento ha pretendido creado nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición en el empleo por la vía del amparo[12]. Por el contrario, este órgano jurisdiccional ha sido claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho fundamental.

Lo anterior fue oportunamente advertido por la doctrina nacional. Así, por ejemplo, Toyama[13] ha indicado que:

> "Desde nuestro punto de vista, los criterios del TC no podrían extenderse a los procesos judiciales ordinarios. En otras palabras, no es posible que en un juicio laboral ordinario se ventile una acción de reposición de un trabajador despedido de forma incausada y se solicite la inaplicación del artículo 34° de la LPCL.
>
> A nuestro juicio, en un proceso ordinario solamente se pueden ventilar las acciones expresamente tipificadas y se debe cumplir con el trámite legal correspondiente: así, si la reposición está reservada para la nulidad de despido, solamente por esta vía cabe el retorno al centro de trabajo.
>
> Recuérdese que el objeto de la acción de amparo es diferente al previsto en un proceso ordinario: toda acción de amparo estimatoria debe conducir a la reposición al estado anterior a la violación, circunstancia que no se aprecia en todo proceso judicial ordinario que tiene sus reglas de acción, competencia y resolución tipificadas".

Por lo tanto, resulta claro que, de acuerdo a lo establecido por la propia jurisprudencia del TC, **la protección que se brinda ante un determinado supuesto en la vía del amparo no es la misma que la que se origina en un proceso laboral ordinario, debiendo el trabajador elegir la protección que desea recibir**. Así, cuando nos encontremos frente a un despido sin causa justa que no constituya uno de

(12) Si bien un sector de la doctrina considera que el Tribunal Constitucional puede, a través de la imposición de interpretaciones acordes al sentido de la Constitución, tener facultades legislativas positivas, es decir, crear normas jurídicas (Al respecto puede verse: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Proyecto Justicia Viva. Lima, 2006, p. 15), la lectura de las propias sentencias del Tribunal muestran que en el caso de los mecanismos de protección frente al despido, el máximo intérprete de la Constitución no ejerció tal facultad, como lo demuestra el hecho de que considerase que la protección restitutoria era ofrecida a través de la "protección procesal" del proceso de amparo.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones de Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 494.

los supuestos de despido nulo taxativamente recogidos por la norma y el trabajador desee acceder a la reposición, debería solicitarla en la vía del proceso de amparo.

III. EL PLENO SUPREMO LABORAL Y LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL

No obstante, utilizando una incorrecta interpretación de los precedentes aprobados por el Tribunal Constitucional, algunos trabajadores han solicitado a lo largo de los años su reposición por causa de despido nulo o fraudulento en la vía del proceso ordinario laboral, lo que debería traer como consecuencia que la demanda fuese declarada improcedente y que el trabajador quedase finalmente sin ningún tipo de reparación frente al despido.

En estas circunstancias, el Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, realizado en Lima los días 4 y 14 de mayo de 2012, ha validado esta incorrecta interpretación, En efecto, los magistrados supremos han acordado que:

> "Los jueces de trabajo en los proceso laborales ordinarios regulador por la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, están facultados por conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo".

y que:

> "Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única".

Es decir, el Pleno ha acordado que las pretensiones de reposición hasta ahora reservadas al proceso de amparo, también pueden tramitarse en la vía laboral, tanto con la Ley Procesal del Trabajo que se aplica actualmente en Lima (Ley N°26636), como con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

En lo que respecta a la admisión de estas demandas de reposición en los procesos tramitado con la Ley N° 26636, el Pleno ha sustentado su acuerdo señalando que los jueces ordinarios son "los primeros guardianes de la Constitución", lo que supuestamente los facultaría a otorgar a los trabajadores una adecuada protección contra el despido arbitrario. Entendiéndose que una protección adecuada es aquella que incluye todos los mecanismos de reparación (indemnización y reposición) que han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los magistrados supremos no han visto o no han querido ver que la protección restitutoria reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible porque existe una norma jurídica (la que regula el proceso de

amparo) que habilita a los jueces constitucionales a dejar sin efecto toda acción u omisión que vulnere un derecho fundamental, facultad que no ha sido concedida a los jueces ordinarios. Tampoco mencionan los fundamentos del acuerdo del Pleno que, como hemos visto en el punto precedente, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que esta protección restitutoria no puede ser otorgada por los jueces ordinarios, al no encontrarse contenida en una norma sustantiva. Por lo tanto, debe admitirse que al adoptar este acuerdo, el Pleno Jurisdiccional Supremo no ha recogido un mandato constitucional, sino que se ha irrogado, a través de una incorrecta interpretación de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, una facultad que nuestro sistema legal en su conjunto no le concede.

Esta situación resulta aún más grave en relación al nuevo proceso laboral. En efecto, el Pleno ha considerado que en el marco del nuevo proceso laboral la acción de reposición por despido nulo, incausado o fraudulento debe ser admitida, no sobre la base de una interpretación de los precedentes constitucionales, sino por un supuesto efecto de la propia ley procesal. Esta posición se sustenta en lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 2° de la Nueva ley Procesal del Trabajo, de acuerdo con el cual:

> "Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:
>
> (...)
>
> 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única".

Así, a criterio del Pleno, el propio texto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo permite que se tramiten en la vía del proceso laboral las pretensiones de reposiciones, lo que supuestamente incluiría a las reposiciones en los casos de despido nulo, incausado y fraudulento[14]. No obstante, esta interpretación resulta a nuestro juicio errada. Sostenemos esto último porque, como su propio nombre lo indica, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es una norma de orden procesal y, como tal, **se limita a regular la forma en la cual se tramitarán las controversias concernientes a derechos reconocidos por las normas sustantivas**. En consecuencia, cuando la Nueva Ley Procesal del Trabajo indica que los jueces laborales conocen las pretensiones de reposición, debe admitirse que dichas pretensiones deberán apoyarse en los supuestos en los cuales las normas sustantivas reconocen a los trabajadores el derecho a ser repuestos en su puesto de trabajo. Ello en la medida en que no se puede sustanciar un proceso judicial para solicitar el reconocimiento o el otorgamiento de un derecho que ninguna norma confiere.

(14) Esta interpretación ha sido sostenida también por DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. "El nuevo proceso laboral abreviado como vía igualmente satisfactoria en relación al amparo. Bondades y algunos apuntes para so consolidación". En: *Curso: IV Congreso Nacional SPDTSS*. pp. 157-168.

Por lo expuesto, consideramos que el acuerdo adoptado por el Pleno Jurisdiccional Supremo a través del cual se permite la tramitación de pretensiones de reposición por despidos nulos, fraudulentos o incausados en la vía del proceso laboral (sea con la antigua ley o con la nueva), resulta jurídicamente errado.

Ahora bien, aun cuando podemos discrepar de los argumentos que han llevado a los magistrados supremos a adoptar este acuerdo, debe admitirse que la tramitación de estos procesos en la vía laboral concederá a ambas partes mayores garantías, al tratarse de un proceso con una mayor etapa probatoria.

No obstante, debemos advertir que la tramitación de los procesos de reposición por despido incausado o fraudulento en la vía laboral también generará algunos problemas. A nuestro juicio el más importante de ellos y que requiere urgente solución, es el referido al plazo con el que cuentan los demandantes para accionar.

Debe tenerse presente que, al no existir ninguna regulación legal para este tipo de acciones, no existe tampoco un plazo prescriptorio o de caducidad que les resulte aplicable. Cuando presentamos en la vía ordinaria una demanda de nulidad de despido o de indemnización por despido arbitrario, debemos sujetarnos a un plazo de caducidad de treinta días[15], mientras que si demandamos la reposición en la vía del amparo, nos resultará aplicable el plazo de prescripción de sesenta días previsto por el Código Procesal Constitucional[16]. Empero, cuando iniciamos una acción híbrida de reposición en la vía ordinaria, ¿cuál será el plazo con el que contamos para demandar? Evidentemente, al no existir ninguna norma que habilite a la interposición de esta acción híbrida, tampoco existe ninguna disposición legal que dé respuesta a nuestra pregunta. Por ende, debe admitirse que la interpretación adoptada por el Pleno Jurisdiccional, lejos de beneficiar a los trabajadores concediéndoles un nuevo mecanismo de protección, perjudica a todos los usuarios del sistema de justicia, al crear una situación de inseguridad jurídica.

Otro tema que también debe ser aclarado es si, ahora que los jueces laborales pueden conocer las pretensiones de reposición por despido nulo o incausado, los jueces constitucionales han perdido la competencia para resolver estas pretensiones en la vía del amparo. Esto atendiendo al carácter residual que tiene el proceso de amparo en el Código Procesal Constitucional y a la mayor celeridad del nuevo proceso laboral que es eminentemente oral. Al respecto, estimamos que, si

(15) **Artículo 36.-** El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador (Ley de Productividad y Competitividad Laboral)

(16) **Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda**
El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

bien se ha creado también aquí una situación de incertidumbre, darle solución puede ser más sencillo.

A nuestro entender, pese a lo acordado por el Pleno y al carácter residual del proceso de amparo los jueces constitucionales no han perdido competencia para conocer las pretensiones de reposición en la vía del amparo. Sostenemos esto último porque, según explicamos en el punto uno del presente artículo, existe un precedente del Tribunal Constitucional que les otorga tal competencia y, de acuerdo a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho precedente es de obligatorio cumplimiento mientras no sea modificado por el propio Tribunal[17]. Efectivamente, el Pleno de la Corte Suprema no se encuentra facultado a modificar un precedente del Tribunal Constitucional y, por ende, no puede restringir a los jueces constitucionales una facultad que les ha sido conferida por esta vía. En consecuencia, pese al objetivo del Código Procesal Constitucional de convertir al amparo en una vía residual, debe admitirse que el acuerdo bajo comentario ha creado una vía paralela al amparo para la protección de los trabajadores objeto de un despido incausado o fraudulento.

En conclusión, nuestra opinión es que los acuerdos del Primer Pleno Jurisdiccional Constitucional Supremo referidos a la tramitación de las pretensiones de reposición por despido incausado o fraudulento en la vía del proceso laboral se apoyan en fundamentos jurídicos errados y que, pese a que permiten que estas pretensiones sean conocidas en un proceso que otorga mayores garantías a las partes, generan un grave problema: la imposibilidad de determinar cuál es el plazo para demandar en estos supuestos.

(17) **Artículo VII.- Precedente**
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

APUNTES SOBRE LA REPOSICION EN EL EMPLEO EN LOS NUEVOS JUICIOS LABORALES

César PUNTRIANO ROSAS

Abogado laboralista. Profesor de la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO

I. A manera de introducción: Alcances conceptuales del despido y formas de tutela previas a la Nueva Ley Procesal del Trabajo; **II.** La reposición en la Nueva Ley Procesal del Trabajo: ¿Cambio de esquema?; **1.** Traslado parcial de la carga de la prueba al empleador; **2.** La reposición como pretensión principal única: mayor celeridad al tramitar las causas; **3.** Regulación de la medida especial de reposición provisional y posibilidad de solicitarla antes de iniciar un proceso laboral; **4.** Legitimación sindical para interponer una demanda impugnando el despido de un trabajador en sede judicial ordinaria; **5.** Apicación de presunciones; **III.** La pretendida desamparización del proceso laboral a partir del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema; **IV.** A manera de conclusión: La NLPT no crea una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo ante un despido inconstitucional.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ALCANCES CONCEPTUALES DEL DESPIDO Y FORMAS DE TUTELA PREVIAS A LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

El despido es concebido como la extinción unilateral de la relación laboral por decisión del empleador. Como lo afirma el profesor Baylos, "el despido entendido de manera amplia (...) comprende no solo la rescisión unilateral del empresario por motivos disciplinarios, sino cualquier otro cese unilateralmente impuesto

por el empresario al trabajador aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de este (...)[1]"

Nuestro ordenamiento laboral no admite el despido libre (ad nútum) siendo indispensable la existencia de causa justa. La causa debe encontrarse prevista en la legislación (principio de tipicidad). Inclusive, para que un despido sea legal, no basta con que exista la causa anotada[2], sino que también el empleador deberá acreditarla[3] e imputarla siguiendo el procedimiento legalmente previsto para ello[4].

En forma previa a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional (TC), a la que nos referiremos en las líneas que siguen, ante un despido sin causa justa el trabajador podía demandar el pago de una indemnización por despido arbitrario, la misma que equivale a una remuneración y media mensual por año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, tal y como lo dispone el artículo 38° del el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, (en adelante LPCL)[5]. Esta indemnización era concebida como la única reparación por el daño sufrido, tal y como lo dispone el artículo 34° de dicha norma.

Una excepción a la mencionada tutela resarcitoria contra el despido arbitrario es la posibilidad legal de demandar la reposición del empleo, en la medida que el trabajador demuestre que su cese obedeció a uno de los motivos prohibidos

(1) BAYLOS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editoral Trotta, Madrid. 2009, p. 25.

(2) La causa justa de despido puede basarse en la conducta o capacidad del trabajador. Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. En tanto, son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador.

(3) Al respecto, el Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece en su artículo 22° que: "Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, **es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada**. (...)" (el resaltado es nuestro).

(4) El empleador deberá otorgar al trabajador por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.
Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

(5) Es importante comentar que la indemnización por despido arbitrario del personal contratado a plazo fijo (incluyendo trabajadores extranjeros), equivale a 1.5 remuneraciones mensuales por mes pendiente hasta el vencimiento del plazo del contrato, con un tope de doce remuneraciones.

enumerados en el artículo 29° de la LPCL, a través de un proceso de nulidad de despido. Así, es nulo el despido fundado en:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto.

f) Ser portador de VIH-SIDA (Ley N° 26626)

g) Discapacidad del trabajador (Ley N° 27050).

A partir de la sentencia del 11 de julio de 2002 recaída en el proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) y del 13 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. ("caso Llanos"), el TC estableció una nueva tipología de despidos que habilitan al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y ser así reparado en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

Luego, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (en adelante "CPC") el 1° de diciembre de 2004[6], se modificó el esquema alternativo del proceso de amparo frente a la vía judicial ordinaria que imperaba en nuestro ordenamiento desde hace dos décadas para pasar a un amparo de carácter residual[7]. Este hecho generó que el TC decantara su doctrina jurisprudencial expidiendo un precedente vinculante en la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2005[8], en adelante "Caso Baylón".

(6) Aprobado por Ley N° 28237.

(7) Es decir, que el amparo procedía ante la ausencia de una vía judicial específica, e igualmente satisfactoria para tutelar el derecho fundamental cuya amenaza o violación se alegaba.

(8) Es pertinente precisar que el precedente recogido en la sentencia recaída en el Caso Baylón es de vinculación inmediata desde el 23 de diciembre de 2005, por lo que, según el TC, toda demanda que sea presentada y no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.
En cuanto a los procesos de amparo en trámite en materia laboral privada a la fecha de entrada en rigor del precedente, el TC ha establecido que los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al

En el citado precedente, el TC ha dispuesto que el proceso de amparo para cuestionar un despido proceda en los siguientes supuestos:

i) Ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito[9].

ii) Ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

El TC señala que solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía judicial ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de los hechos que se imputan.

Al igual que en el caso anterior, no existe en sede laboral una vía específica que otorgue un nivel de tutela similar al trabajador ante un despido fraudulento.

iii) Ante un despido nulo. El TC se reafirma en lo expuesto en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco[10] (Expediente 976-2001-AA/TC), por lo que se mantiene la procedencia del proceso de amparo cuando un despido se base en los motivos prohibidos previstos en el artículo 29° de la LPCL mencionados anteriormente.

Cabe enfatizar que el Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores ha señalado que los trabajadores que ocupen puestos de confianza desde el inicio de su relación laboral poseen estabilidad relativa y tampoco pueden ser repuestos ante un despido sin causa justa[11], ni tampoco aquellos trabajadores que cobren su indemnización por despido arbitrario[12].

proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

(9) Para el TC entonces, el trabajador que sea objeto de un despido incausado o arbitrario, podrá optar, entre recurrir a la vía judicial ordinaria demandando el pago de una indemnización o ante la vía procesal constitucional para su reposición en el puesto de trabajo.

(10) Esto se ve corroborado en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se señala que: "(...) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (...)".

(11) Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR). Expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

(12) Expediente N° 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao.

Entonces, luego del precedente del TC, un trabajador que sea despedido sin causa justa podrá optar entre demandar el pago de una indemnización por despido o su reposición en el empleo a través de un proceso constitucional de amparo basándose en el precedente del TC o la reposición en un proceso ordinario laboral si es que su despido se encontró viciado de nulidad[13].

Finalmente, procede comentar que cierto sector de la jurisprudencia, habilita el cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios ante un despido sin causa, pronunciamientos que contravienen expresamente al artículo 34° de la LPCL[14]. En efecto, en tanto el trabajador opte por la tutela resarcitoria, es decir, el pago de una indemnización ante un despido, el mencionado artículo 34° dispone que la indemnización por despido arbitrario allí regulada constituye la única reparación contra el despido. Se trata pues de una indemnización tarifada.

Hasta aquí hemos expuesto el estado de la cuestión antes de la regulación contenida en la NLPT, en el acápite siguiente comentaremos los cambios, de existir.

II. LA REPOSICIÓN EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ¿CAMBIO DE ESQUEMA?

El 15 de enero de 2010 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) la que, en aplicación a lo establecido en su Novena Disposición Complementaria ha venido entrando en vigencia en forma progresiva a nivel nacional[15] desde los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio de 2010, derogando a la actual Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley N° 26636.

(13) Nos referimos, que duda cabe, al trabajador del sector privado, pues un trabajador estatal sujeto al régimen laboral público deberá agotar la vía administrativa y luego plantear una demanda contencioso administrativa, tal y como lo ha señalado el propio TC en el precedente correspondiente al Caso Baylón. Solo en defecto de dicha posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental

(14) La Corte Suprema en un pronunciamiento recientemente publicado en el diario oficial *El Peruano*, (ejecutoria recaída en el expediente N° 1420-2009 sobre indemnización), le ha otorgado valor definitivo al contenido indemnizatorio tasado del artículo 38 de la LPCL, lo que impide que se pueda solicitar una mayor indemnización (bajo el concepto de daño moral en este caso) ante el fuero civil. El caso es polémico por lo que existen votos en discordia en la sentencia.

(15) Actualmente se encuentra vigente en Tacna desde el 15 de julio de 2010, en Cañete desde el 16 de agosto de 2010, La Libertad (1 de setiembre de 2010), Arequipa (1 de octubre de 2010), Lambayeque (2 de noviembre de 2010) Cusco (1 de diciembre de 2010), Moquegua, (1 de julio de 2011), Ica (8 de julio de 2011), Junín (19 de julio de 2011), Santa (22 de julio), Cajamarca (26 de julio de 2011) y Lima Norte (setiembre 2012). Próximamente regirá en el Callao (octubre 2012), y Lima Metropolitana (5 de noviembre).

El cambio en la concepción del proceso laboral que implica la entrada en vigencia de la NLPT es fundamental, porque no solo supone una variación normativa sino fundamentalmente una modificación integral en el sistema del litigio laboral. La norma procesal apunta a introducir la oralidad al proceso laboral, es decir, otorgar un rol muy activo al magistrado a efectos que se involucre con el expediente y sea el director del proceso, procurando que los juicios sean más ágiles y se resuelvan en el menor tiempo posible. En suma, modernizar nuestra justicia laboral y colocarla a la altura de los ordenamientos procesales de otros países de nuestra región es el objetivo primordial de la nueva regulación de los procesos laborales en el país.

En materia de tutela de los trabajadores contra el despido individual, creemos que la NLPT se limita a otorgar mayor celeridad a los reclamos sin añadir nuevos supuestos que habiliten al justiciable a recurrir ante la vía judicial ordinaria.

En efecto, el inciso 2 del artículo 2° de la NLPT, que contempla que la reposición planteada como pretensión principal única se tramita como proceso abreviado ante el Juez Laboral, debe ser leído conjuntamente con las normas laborales sustantivas y la jurisprudencia vinculante del TC. Así, como se vio en el numeral anterior, las normas sustantivas únicamente permiten la reposición en caso de un despido viciado de nulidad, mientras que de acuerdo al TC la reposición opera en el proceso de amparo ante un despido incausado, nulo o fraudulento.

Discrepamos con quienes consideran que al referirse la norma a "reposición" pueda entenderse que se abre la posibilidad de demandar la readmisión a partir del precedente expedido en el "Caso Baylón" en la vía judicial ordinaria. Dicha posición es una lectura equivocada del citado precedente pues en realidad el propio TC señala que en el proceso ordinario laboral no procede la reposición salvo ante un despido nulo.

Esto ha sido ratificado por el TC en posteriores pronunciamientos como los recaídos en los Expedientes N° 05242-2005-PA/TC, 07772-2005-PA/TC, 01318-2006-PA/TC, 03002-2006-PA/TC y recientemente en el N° 03727-2011-PA/TC. En esta última sentencia, en alusión a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República cuestionado a través de un proceso de amparo, el Tribunal sostuvo que, "la resolución cuestionada se encuentra adecuadamente motivada, pues la Sala Suprema emplazada ha fundamentado debidamente la aplicación del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...) al no encontrarse la demanda motivada en alguna de las causales contenidas en el artículo 29° del Decreto Supremo indicado, resultaba improcedente, toda vez que la recurrente optó por solicitar la protección de su derecho por la vía ordinaria que tiene causales específicas, en vez de la vía constitucional, que también contempla una protección de carácter restitutorio".

En esa medida, es claro a nuestro parecer, que la reposición en la vía ordinaria por motivos distintos a aquellos que configuran un despido nulo exige un cambio normativo, tal como se pretende por ejemplo en el Proyecto de Ley General de Trabajo.

Creemos que la gran novedad de la NLPT, además de la introducción de la oralidad como eje del proceso laboral y el uso de la tecnología en los procesos laborales, consiste en crear una serie de mecanismos que facilitan la impugnación del despido en sede ordinaria sin que dicha vía pase a ser idónea e igualmente satisfactoria como para generar la improcedencia del amparo salvo en el caso del despido nulo[16].

1. Traslado parcial de la carga de la prueba al empleador

En lo que se refiere a la carga de la prueba[17], el artículo 27° de la LPT inicia su texto con la regla procesal consistente en que quien afirma algo debe probarlo, para luego detallar cuáles son los deberes probatorios de cada una de las partes del proceso.

Así, al demandante le corresponderá probar la existencia del vínculo laboral, la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto.

Si analizamos la carga establecida por la Ley Procesal del Trabajo en lo que se refiere al despido, advertimos que cuando un extrabajador demande el pago de una indemnización por despido arbitrario o la nulidad de su despido en la vía laboral, deberá demostrar que su exempleador decidió poner término en forma unilateral a su vínculo laboral, y si es nulidad, que dicha opción empresarial obedeció a alguno de los motivos prohibidos contemplados en el artículo 29° de la LPCL. Se trata de una alta exigencia al demandante que ha generado más de una complicación, pues por lo general se presentan despidos arbitrarios para cuya ejecución ni siquiera se cursan comunicaciones.

En estos casos, al extrabajador no le queda más que recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la verificación del despido o a la autoridad policial para que ejecute la constatación correspondiente[18]. En el caso del despido nulo la carga no queda ahí, pues el demandante deberá también demostrar la relación causa- efecto entre el motivo alegado y su despido, es decir, por ejemplo, que el despido obedeció a sus actividades sindicales. Esta complejidad probatoria en ambos casos ha sido salvada parcialmente por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

(16) Creemos que el TC se equivocó al considerar que la vía ordinaria con la Ley N° 26636 no era igualmente satisfactoria que el amparo. Si antes había duda creemos que ya no debería existir pues el proceso abreviado pretende ser tan célere como el amparo.

(17) La carga de la prueba vendría a ser entendida como la obligación que tienen las partes de aportar al proceso los elementos necesarios al Juzgador para generarle convicción en un determinado hecho a probar, como la existencia de la relación laboral, la causa justa en un despido, entre otros.

(18) Muchas veces hemos advertido que ni la autoridad laboral ni la policial verifican o constatan el despido, lo que hacen es recoger las manifestaciones de las partes. Actas con manifestaciones no son de utilidad en procesos laborales pues no contienen lo verificado por la autoridad.

En efecto, la NLPT no solamente facilita al extrabajador la prueba de su relación laboral al recoger una presunción de laboralidad[19], sino que desplaza al empleador la carga de probar el estado del vínculo laboral y la causa del despido. Esta regulación, frente a la LPT que solamente requería al empleador demostrar la causa del despido, facilita el deber probatorio del demandante, pues ya no tendrá que demostrar la ocurrencia del despido.

Así, cuando un extrabajador o prestador de servicios demande el pago de una indemnización por despido, deberá acreditar que prestó servicios en forma personal a su empleador y alegar su despido, ante lo cual el empleador deberá demostrar si efectivamente el vínculo laboral se encuentra vigente o no, y de ser esto último, la causa del despido.

2. La reposición como pretensión principal única: mayor celeridad al tramitar las causas

Siguiendo lo señalado anteriormente, la regulación de la reposición en proceso abreviado tiene como efecto dotar de mayor celeridad a la tramitación de los juicios en que se plantee dicha pretensión, en razón a que el mencionado proceso es más corto que el ordinario laboral. No se trata de una vía procedimental igualmente satisfactoria que genere la improcedencia del proceso de amparo en todos los casos (despido incausado, nulo o fraudulento) sino solamente en el despido nulo. Esto último en tanto el demandante podrá ser repuesto en un proceso célere e inclusive cobrar sus remuneraciones dejadas de percibir (recordemos que esto es improcedente en el amparo).

3. Regulación de la medida especial de reposición provisional y posibilidad de solicitarla antes de iniciar un proceso laboral

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) dedica un capítulo al proceso cautelar (artículos 54° a 56°), siendo su primer gran cambio el relativo a la posibilidad de dictar una medida cautelar antes de iniciado el proceso, con lo que se otorga una mayor eficacia a este mecanismo de tutela urgente. Esta decisión legislativa es saludable, pues el artículo 96° de la LPT restringía el dictado de medida cautelar al inicio del proceso laboral.

En el artículo 54° la NLPT también señala expresamente que además de las medidas cautelares previstas en dicho capítulo procede cualquier medida prevista en el Código Procesal Civil u otro dispositivo legal, sea para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar, no innovar o genérica. Consideramos acertada esta expresa remisión a las medidas cautelares previstas en el Código Procesal

(19) Artículo 23.2: Acreditada la prestación personal de servicios se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Civil, así como a las medidas que de acuerdo a dicha norma pueden dictarse, lo cual permite zanjar cualquier controversia aun vigente sobre la aplicación supletoria[20].

Medida especial de reposición provisional

El artículo 55° de la NLPT señala que la medida cautelar de reposición provisional podrá ser otorgada por el juez si el demandante cumple con los requisitos ordinarios de toda medida cautelar, es decir, acreditar que el derecho es verosímil, el peligro en la demora y ofrecer contracautela.

Sin embargo, afirma también que esta reposición provisional puede ser dictada por el juez si el demandante cumple con los siguientes requisitos:

a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad.

b) Estar gestionando la conformación de una organización sindical[21] y

c) El fundamento de la demanda es verosímil.

El presupuesto relativo a ostentar la condición de dirigente sindical al momento del despido o estar gestionando la conformación de una organización sindical obedecen a la especial tutela que otorga la NLPT a la libertad sindical[22], y se relacionan con los supuestos de nulidad de despido previstos en el artículo 29° de la LPCL . En efecto, como se indicó, constituyen motivos para que un despido sea calificado como nulo[23], el hecho que su desvinculación se deba a su condición de dirigente sindical o encontrarse realizando actividades sindicales.

4. Legitimación sindical para interponer una demanda impugnando el despido de un trabajador en sede judicial ordinaria

De acuerdo a las reglas previstas en la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, para que una organización sindical pueda representar a sus afiliados en conflictos de naturaleza individual, como es el caso de un despido individual, es indispensable

(20) En tal sentido y pese a que no existe regulación expresa en la Nueva Ley Procesal del Trabajo como ocurría con su predecesora, procederá el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque la misma fuera impugnada (artículo 615° del Código Procesal Civil).

(21) En cuanto a la redacción, el artículo es confuso pues si bien se entendería por lógica que los supuestos de a) y b) son distintos y por ende alternativos, ello no queda claro de la redacción pues se omitió el uso de una "o" en vez del "punto y coma".

(22) La NLPT contiene diversas reglas que facilitan la tutela jurisdiccional de la libertad sindical como la facilitación de la comparecencia de los sindicatos al proceso laboral (artículo 8 inciso 3), la legitimación especial en caso de una afectación colectiva de la libertad sindical (artículo 9.2), el conocimiento de las pretensiones relativas a la vulneración a la libertad sindical en proceso abreviado laboral (artículo 2 inciso 3), y la prueba indiciaria del hechos lesivo alegado que bien podría referirse a la libertad sindical, en cuyo caso se presume su existencia (artículo 23.5).

(23) Y por ende se habilite la reposición del trabajador.

que estos le confieran un poder que cumpla con las formalidades previstas por la ley correspondiente[24].

La NLPT difiere de la norma previa pues en su artículo 8° señala que: "los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados" señalándose en este último caso (numerales 2 y 3), que:

- No se requiere poder especial de representación;
- En la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones;
- El empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta;
- La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso; y,
- La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados.

Entonces a partir de la nueva regulación en materia de legitimación sindical podemos afirmar que la organización sindical podrá demandar la nulidad de despido de un afiliado ante la vía judicial ordinaria, sin requerir de formalidad alguna para validar su representación.

5. Apicación de presunciones

La presunción de laboralidad

El artículo 23. 2 de la NLPT recoge la presunción de laboralidad al señalar que, "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".

La presunción de laboralidad supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral, pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o exempleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral, lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada, con la presunción únicamente se espera que acredite, aunque sea en forma indiciaria que prestó servicios en forma personal al demandado.

(24) Cuando nos referimos a conflictos de naturaleza individual, apuntamos a aquellos conflictos que carezcan de trascendencia en el plano colectivo. Por ende, un despido de un dirigente sindical, de efecto pluriofensivo, en tanto afecta a la organización (colectivo) que este representa, se entendería como un conflicto de naturaleza colectiva.

Esta facilitación o alivio tiene su sustento jurídico en el despliegue del Principio Protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país en lo que a contratación laboral se refiere, constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial.

Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza, por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión.

La presunción de existencia del hecho lesivo alegado (artículo 23.5 de la NLPT)

El artículo 23.5 de la NLPT dispone que, en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Este inciso recoge una presunción judicial de la existencia de un hecho lesivo por parte del empleador a partir de los indicios que se desprendan de la demanda y prueba actuada en el proceso, salvo que, como señala también la norma, el demandado (generalmente el empleador) demuestre que las medidas que adoptó son justificadas y razonables.

Esta presunción es útil en aquellos procesos en los que el trabajador pretenda obtener tutela ante un despido nulo, pues de aportar indicios suficientes, el juez podrá presumir que efectivamente existió el hecho lesivo del despido.

III. LA PRETENDIDA DESAMPARIZACIÓN DEL PROCESO LABORAL A PARTIR DEL PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA

A partir de una convocatoria efectuada por la Presidencia de la Corte Suprema, el 4 y 14 de mayo de 2012 se realizó el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, con participación de los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, que resuelven los juicios laborales principalmente en casación.

Un Pleno Jurisdiccional es una reunión de magistrados de una determinada especialidad para tratar de llegar a acuerdos sobre cómo resolver en adelante casos frecuentes que se han venido sentenciando de manera distinta y eventualmente

hasta contradictoria. Es la primera vez que tal reunión se realizó con los jueces Supremos que conocen casos laborales. Los acuerdos adoptados no son en estricto vinculantes, pero revelan el criterio de cómo se resolverán determinados tipos de conflictos si llegan a la Corte Suprema, por lo que los jueces superiores, de primera instancia y de paz letrado seguramente van a acatar el Pleno y, más aún, se apoyarán en él para resolver los mismos tipos de conflictos sometidos a su consideración. En ese sentido, los acuerdos pueden ser entendidos como vinculantes en la práctica.

Uno de los acuerdos que confirmó un criterio jurisprudencial que venía siendo asumido un sector de la magistratura laboral era el relativo a la interpretación del artículo 2.2 de la NLPT que permite conocer las demandas de reposición en el empleo en proceso abreviado, sobre el cual hemos opinado en el acápite precedente de esta ponencia. Los Jueces Supremos han sustentado la competencia de los jueces laborales para conocer, en la vía ordinaria, aquellas demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o a un despido fraudulento. Un detalle de las consecuencias que ello acarrea se plantea en el cuadro que sigue.

CUADRO N° 1

Supuesto	Ley (D.S. N° 003-97-TR)	Criterio del Tribunal Constitucional	Pleno de la Corte Suprema
Despido incausado	Indemnización	Reposición (amparo)	Reposición (vía ordinaria)
Despido nulo	Reposición	Reposición (amparo/ vía ordinaria)	Reposición (vía ordinaria)
Despido fraudulento	Indemnización	Reposición (amparo)	Reposición (vía ordinaria)
Despido injustificado	Indemnización	Indemnización	Indemnización

A continuación reproducimos los principales argumentos de los Jueces Supremos y manifestamos nuestras impresiones a cada uno de ellos:

- "Negar la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional laboral, sea por elección del demandante y/o remisión expresa de un proceso de amparo previo, implica no atender el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, concebida en estos tiempos como derecho fundamental cuyo respeto irrestricto debe ser una de las finalidades primordiales de un Estado Constitucional y Social de Derecho". El derecho a la tutela jurisdiccional[25], a

(25) El artículo 4° del Código Procesal Constitucional, establece que: "[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

decir del Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00763-2005-PA/TC, es un "derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada (...)". Esta necesidad de tutela es satisfecha cuando el extrabajador puede ser restituido en su derecho al trabajo en un proceso de amparo o reparado (indemnizado) en un proceso ordinario laboral (salvo nulidad de despido). En esa medida, no se desatiende al mencionado derecho si se niega la reposición en sede laboral en los supuestos pretendidos por la Corte Suprema.

- Se afirma que los jueces en general, son los primeros guardianes de la Constitución cuyas normas fundamentales contienen el estatuto de protección laboral. Al respecto, no creemos que los criterios vinculantes del TC en materia de reposición impidan que los jueces laborales dejen de ser guardianes de la Constitución, lo que ocurre es que la legislación sustantiva laboral no los habilita a reponer en su puesto de trabajo a una persona que no demande la nulidad de su despido.

- Se indica que ordenar la reposición en caso de un despido incausado o fraudulento en sede jurisdiccional ordinaria no implica una reducción de las garantías procesales de las que gozan los justiciables en un proceso constitucional como sería el amparo, sino que por el contrario, al ser un proceso más largo, genera la posibilidad de que ambas partes estructuren un andamiaje probatorio y argumentativo que posibilite la mejor comprensión del conflicto. Este fundamento no es del todo cierto porque los propios Jueces Supremos señalan en el Pleno de que el proceso abreviado laboral se erige como una vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia del despido incausado o fraudulento, hecho que genera la improcedencia del amparo (artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional). Con ello se privaría a los justiciables de la posibilidad de acceder en vía de agravio constitucional al TC, Supremo Intérprete de nuestra Constitución.

- La Corte también justifica su pronunciamiento basándose en el razonamiento del TC en la Sentencia N° 1124-2011-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional señaló que restringir la consecuencia jurídica en la extinción –sin invocación de causa– de los contratos de trabajo únicamente a la indemnización prevista en la ley, resultaba inexorablemente inconstitucional. Esta posición esgrimida por el Tribunal no justifica la competencia atribuida a los jueces laborales para reponer a los demandantes en casos distintos a la nulidad de despido, sino más bien justifica la apertura del amparo como mecanismo de tutela restitutoria ante la ocurrencia de un despido según se detalló anteriormente.

Creemos que los argumentos de la Corte Suprema no son sólidos y que más bien existe un apartamiento del precedente del TC recaído en el caso Baylón y ratificado en posteriores sentencias. Nos encontramos ante un nuevo capítulo de la "guerra de las Cortes", en el cual la Corte Suprema desconoce que el supremo intérprete constitucional es el Tribunal Constitucional, y este ha señalado en qué casos cabe que un demandante sea repuesto en su empleo. Este acuerdo del Pleno Jurisdiccional ha generado una serie de dudas, las cuales planteamos a continuación: (i) Si la Corte Suprema ha señalado que el proceso abreviado en sede laboral ordinaria es una vía igualmente satisfactoria en comparación al proceso de amparo, ¿se encuentran los jueces obligados a acatar el acuerdo plenario y declarar improcedentes las demandas de amparo sustentadas en el precedente emitido por el TC recaído en el caso Baylón? ¿Si la demanda de reposición en la vía laboral ordinaria es planteada por un extrabajador que ocupó un cargo de confianza, deberá declararse su improcedencia en atención a los criterios expuestos en la sentencia N° 3501-2006-PA/TC o no resultará aplicable por tratarse de un proceso de amparo? ¿qué ocurre con aquellos trabajadores que cobraron la indemnización por despido, podrán demandar su reposición o se aplicará el precedente del TC recaído en el Expediente N° 3052-2009-PA/TC?, ¿corresponde disponer el pago de remuneraciones devengadas cuando se ordene reponer a un extrabajador ante un despido incausado o fraudulento?

Son preguntas que los Jueces Supremos no han respondido, sobre las cuales nos animamos a opinar. En cuanto al acatamiento del acuerdo plenario, dado que no constituye jurisprudencia de carácter vinculante y que el precedente recaído en el caso Baylón si posee tal carácter, corresponderá que los jueces acaten el precedente y no admitan a trámite demandas de reposición por motivos distintos al despido viciado de nulidad, salvo que exista una modificación en la norma sustantiva en el sentido que se propone en el Proyecto de Ley General de Trabajo[26].

Esto exige valentía en los jueces, y la decisión de los litigantes de cuestionar los pronunciamientos de la Corte Suprema que les ordenen admitir las demandas en la vía del amparo para que el TC tenga la última palabra.

Sobre la segunda cuestión, opinamos que debería respetarse la jurisprudencia constitucional vinculante, que, sin ser precedente, ha señalado que quien ocupó un cargo de confianza al cese, y que además no fue promovido de un cargo común

(26) El artículo 127° del Proyecto de Ley General del Trabajo recoge la figura del despido fraudulento o violatorio del derecho de defensa (incausado) señalando lo siguiente: "Es nulo el despido que se basa en hechos notoriamente inexistentes o falsos, o en causa no prevista legalmente o que ha prescrito o cuando las pruebas que lo sustentan son falsas o han sido fabricadas u obtenidas ilícitamente; y el producido sin permitir al trabajador su derecho de defensa en el procedimiento de despido".

al calificado como de confianza, no tendrá derecho a reposición sino solamente a indemnización por despido al poseer estabilidad relativa.

Respecto al cobro consideramos que debe mantenerse el criterio de que si el trabajador cobró la indemnización por despido en forma voluntaria, se entiende que optó por ser resarcido económicamente ante su despido.

Luego, en relación a las remuneraciones devengadas creemos que si los jueces se ciñen a la jurisprudencia del TC no deberían corresponder al extrabajador demandante, pues no efectuó trabajo efectivo durante el tiempo que estuvo despedido y además, no existe una norma que así lo disponga como en la nulidad de despido.

Como vemos, el Pleno ha dejado en este punto más preguntas que respuestas. No siendo usual que los Jueces Supremos se vuelvan a reunir para aclarar las dudas, creemos que estas serán despejadas con nuevos pronunciamientos jurisprudenciales. No nos cabe duda de que el TC tomará posición en algún caso que conozca más adelante, situación casi obligatoria pues lo que ha hecho el pleno es atentar contra la seguridad jurídica.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA NLPT NO CREA UNA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA E IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL PROCESO DE AMPARO ANTE UN DESPIDO INCONSTITUCIONAL

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, constituye sin duda el eje de una importante reforma en materia procesal laboral, que supondrá, esperamos, un cambio de mentalidad en nuestros operadores jurídicos, jueces y litigantes, así como en el Estado. Este último deberá otorgar la importancia que se merece la justicia laboral, a través de una dotación de recursos que permita la adecuada implementación del proceso laboral oral en el país, y principalmente en la capital, pues allí se concentra la mayor carga procesal.

Sin embargo, la nueva Ley no regula un proceso ad hoc para la tutela de derechos fundamentales ejercidos en el seno de la relación de trabajo pues, con ello, se cerraría el acceso de los trabajadores ante un despido al Tribunal Constitucional. Es innegable que el Tribunal ha tenido una importante participación en la configuración de las relaciones laborales en el Perú dado sus diversos pronunciamientos, como el relativo a la protección contra el despido.

En esa línea de pensamiento, la Nueva Ley facilita enormemente la interposición de demandas impugnando un despido como lo hemos estudiado en el presente trabajo. Sin embargo, no basta con una buena regulación sino que resulta fundamental una mejor aplicación práctica, lo cual supone una alta responsabilidad

para la magistratura laboral, la cual, no dudamos, se encontrará a la altura de las circunstancias.

La reposición como tutela restitutoria contra una lesión al derecho al trabajo se podrá obtener en sede constitucional, en tanto el amparo tiene como finalidad retrotraer el estado de cosas al momento previo a la amenaza o afectación al derecho constitucional invocado[27]. La vía judicial ordinaria no se encuentra legalmente habilitada para reponer a un trabajador en el empleo ante un despido, salvo que se trate de un despido nulo, al cual nos hemos referido en las líneas precedentes.

Por lo expuesto, nos permitimos discrepar de las conclusiones a las que arribaron los magistrados laborales de la Corte Suprema de Justicia.

(27) Artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

¿VAMOS HACIA LA PROFESIONALIZACIÓN DEL PROCESO ORAL LABORAL? EXPERIENCIAS Y ANÁLISIS SOBRE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Augusto SALDAÑA BRUNO

Abogado asociado del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados. Con estudios completos de Maestría en Derecho de Trabajo y Seguridad Social en la Pontifica Universidad Católica del Perú.

Eduardo MERCADO VILLARÁN

Abogado asociado del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados. Profesor adjunto del curso de Derecho Laboral en la Maestría en Relaciones Laborales en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

"La realidad no está simplemente allí, debe ser investigada y conquistada"

Paul Celan

SUMARIO

I. Introducción **II.** La exposición de hechos: la oportunidad para fijar correctamente la controversia **1.** Por el demandante **2.** Por el demandado; **3.** Por el Juez **III.** Actuación de medios probatorios: la evolución del modelo de búsqueda de la verdad material al de hechos acreditados **IV.** Alegatos: el arte de litigar **V.** La sentencia: un producto técnico del proceso oral laboral **VI.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de dos años desde que la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) entrará en vigencia en enero de 2010, siendo que esta inició

su implementación a partir de julio de ese mismo año en la ciudad de Tacna, conforme podemos advertir del presente cuadro:

CUADRO N° 1

Año 2010		Año 2011		Año 2012	
Distrito Judicial	Fecha de implementación	Distrito Judicial	Fecha de implementación	Distrito Judicial	Fecha de implementación
Tacna	15 de julio	Moquegua	1 de julio	Lima Sur	2 de julio
Cañete	16 de agosto	Ica	8 de julio	Lima Norte	3 de setiembre
La Libertad	1 de setiembre	Junín	15 de julio	Callao	1 de octubre
Arequipa	1 de octubre	El Santa	22 de julio	Lima	5 de noviembre
Lambayeque	2 de noviembre				
Cusco	1 diciembre				

Como se puede observar del mismo, a setiembre de 2012, la NLPT ha sido implementada en doce Cortes a nivel nacional, dejándonos desde nuestra perspectiva un saldo positivo, conclusión a la que llegamos como consecuencia de nuestra participación en los distintos procesos orales en estos veinticuatro meses en las distintas Cortes a nivel nacional, por lo que el contenido del presente trabajo está basado en la convivencia permanente que han tenido los autores con este nuevo sistema de litigación oral; y que a su vez nos ha permitido encontrar diferencias con la Ley N° 26636.

En este punto inicial del trabajo, debemos destacar la siguiente premisa: la NLPT no será por sí sola la herramienta que resolverá el problema de la administración de justicia del ámbito laboral, es solo una herramienta normativa y su éxito o no depende exclusivamente de sus protagonistas: las partes, los abogados y jueces como profesionales del derecho; quienes deberán estar dotados de todas las herramientas necesarias para poder llevar a cabo la misión de impartir justicia en el Perú.

A lo largo de la vigencia de la Ley hemos podido apreciar una serie de prácticas e interpretaciones que evidencian que la forma de aplicación de la NLPT no es igual en todas las Cortes del Perú, debido a que los protagonistas de la audiencia de juzgamiento no tienen una misma idea sobre la forma de enfrentar el nuevo proceso oral.

El objeto del presente trabajo es presentar desde un punto de vista práctico, el resultado y la forma en que se han desarrollado las audiencias de juzgamiento en el nuevo proceso laboral y analizarlas desde una perspectiva técnica, considerando a la audiencia de juzgamiento como un proceso productivo que tiene un solo fin: la resolución del conflicto (que es algo muy diferente a simplemente emitir una sentencia) y donde todas las partes tienen un rol determinado para la correcta consecución de sus fines.

Siendo así, presentaremos el análisis de la audiencia de juzgamiento siguiendo el orden de las etapas que la componen, donde se evidenciarán los principales rasgos del nuevo proceso oral y la necesidad de que las partes la afronten desde un punto de vista profesional y técnico.

II. LA EXPOSICIÓN DE HECHOS: LA OPORTUNIDAD PARA FIJAR CORRECTAMENTE LA CONTROVERSIA

El nuevo proceso oral laboral se centra en los hechos, estos son la materia prima en una audiencia de Juzgamiento, porque es sobre los hechos que las partes buscarán: acreditar su existencia (actuación de medios probatorios), atribuirles determinadas consecuencias jurídicas que la Ley establece (alegatos); y el juez tendrá que pronunciarse respecto a la existencia o no de los mismos, en base al nivel de convencimiento que las partes le causen en la audiencia (acreditación de hechos) y resolver la controversia en un sentido determinado, declarando si el hecho lesivo denunciado produce o no los efectos que la Ley establece (sentencia).

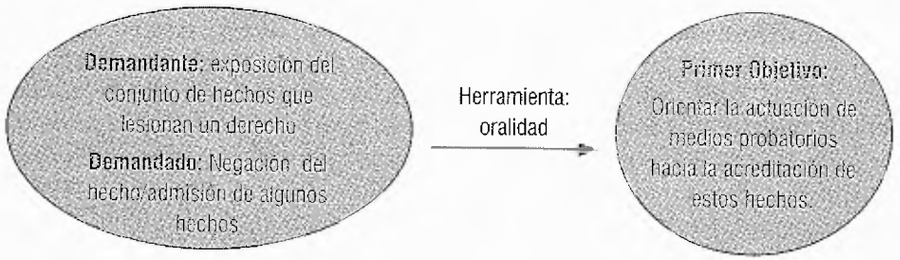
Con base en lo anterior, podemos afirmar que solo la correcta fijación de los hechos materia de controversia va a permitir a las partes del proceso un uso pleno de la herramienta de la oralidad, porque a través de ella van a poder exponer en forma presencial ante el juez los hechos que denuncian (demandante) y los hechos que niegan (demandado), descartando hechos que no sean materia de conflicto, respecto a los cuales las partes no discutan su existencia o sus efectos, facilitando la labor del juez, para que este pueda desplegar sus facultades como director del proceso únicamente sobre hechos que requieran actuación probatoria. Coincidimos con Michael Vidal cuando afirma que: "El correlato práctico ya depende no solo del texto legal, sino, además, de la colaboración de los sujetos que participan en el proceso (juez, partes, abogados), para la obtención del resultado esperado. De ser así, nos encontraremos ante un importante instrumento de obtención de justicia oportuna y, por tanto, eficaz, es decir, verdadera justicia".

La oralidad permite a las partes dotar de un carácter práctico y ágil a la audiencia de Juzgamiento, porque el debate jurídico se realizará sobre la base de una plataforma de hechos propuesta por las partes y finalmente validada por el juez, concentrando en un solo acto la confrontación de posiciones y el proceso interno por el cual el juez se convence de que solo determinados hechos requieren ser probados.

En esta primera etapa de implementación de la NLPT, el rol del juez ha resultado determinante para que la audiencia de juzgamiento pueda ser o no: ágil, práctica, ausente de formalismos y sobre todo que al finalizar la misma se logre resolver el conflicto (evitándose que el fallo se postergue para otro momento). Pero el juez no es único factor dentro de este esquema, las partes también desempeñan un rol

protagónico para lograr los objetivos antes mencionados, porque son ellos los obligados a: asistir en su oportunidad a la audiencia y no realizar prácticas dilatorias, exponer claramente los hechos, aportar las herramientas necesarias para la actuación de los medios probatorios ofrecidos (por ejemplo el asistir a la audiencia con sus testigos, llevar a sus peritos de parte, presentar las planillas u otra documentación ofrecida en soportes informáticos que puedan ser visualizados por el Juez durante la audiencia, etc.) y sobre todo desenvolverse en la audiencia con una actitud que manifieste su intención de querer resolver el conflicto.

En la etapa de confrontar las posiciones de las partes, estas exponen lo que es una teoría del caso frente al Juzgador, tal y como lo manifiesta Priori: "La confrontación de posiciones supone el ejercicio del derecho a ser oído por el Juez. Debemos tomar nota de que a través de este acto las partes tienen la oportunidad de presentar la teoría del caso frente al Juzgador" . Nos encontramos frente a un rasgo de profesionalización del proceso laboral: que las partes interioricen que a la Audiencia de Juzgamiento van a exponer un caso, exposición que consideramos debe seguir el siguiente esquema:



Un buen ejemplo de esta correcta práctica procesal, la encontramos en la audiencia de juzgamiento correspondiente al Exp. N° 1312-2012, tramitado en la ciudad del Cuzco, en la cual la materia controvertida era el pago de un beneficio determinado y si procedía la compensación de estos créditos con unas sumas de dinero que el ex empleador le había otorgado a los demandantes al cese. ¿Cómo se fijaron los hechos en este proceso?[1].

1. Por el demandante

La defensa colegiada argumentó sobre la naturaleza jurídica del beneficio reclamado, expuso que a los cuatro demandantes les correspondía percibir este beneficio porque cumplían con los requisitos que la norma establece y que no debía proceder la compensación deducida por el exempleador.

(1) Exp. N° 1312-2012, 1° Juzgado Laboral del Cuzco. Minutos: 3:50 al 14:27 (exposición de hechos del demandante), 14:30 al 19:24 (exposición de hechos de la demandada) y 23:39 al 24:42 (fijación por parte del juez de los hechos que requieren probanza) del video de audiencia de juzgamiento.

2. Por el demandado

La defensa manifestó que efectivamente se habían cumplido los requisitos para que los demandantes percibieran el beneficio, pero que no les correspondía un pago, porque todo crédito laboral ya se había compensado con las liberalidades que les otorgó a los extrabajadores al momento de la extinción de su relación de trabajo.

3. Por el juez

El juez correctamente llegó a la conclusión de que el único hecho controvertido en el proceso y que requería actuación probatoria era determinar si procedía la compensación de créditos laborales, descartando el debate sobre los requisitos para el pago del beneficio, al no ser un hecho cuestionado por el demandado y cuya existencia no estaba sujeta a probanza.

¿Cuál es el efecto de esta correcta fijación de los hechos que requieren actuación probatoria?

1. El juez reduce el universo de medios probatorios a ser actuados en la audiencia, favoreciendo la celeridad procesal. En el proceso del ejemplo, solo siete de los veintiún medios probatorios ofrecidos en la demanda (incluidas dos declaraciones, una de parte y la otra testimonial), estaban destinados a acreditar el por qué la compensación deducida no debía proceder, estos sumados a los cinco medios probatorios de la demandada, nos ofrecen doce medios probatorios a ser actuados en el proceso, cantidad que resulta ser menor a las que se hubiera actuado si el juez admitía como hecho sujeto a probanza la existencia o no del derecho a percibir el beneficio origen de la controversia (veintiséis medios probatorios en total).
2. Las partes van a tener que centrar todas sus herramientas de litigación oral únicamente en los medios probatorios admitidos, con lo cual se arriba al segundo objetivo de una teoría del caso: la acreditación de los hechos; cuyo desarrollo analizaremos en el siguiente punto de este trabajo.
3. Finalmente, garantiza que la futura sentencia, tenga como requisito mínimo para considerarse debidamente motivada una conexión lógico argumentativa entre hecho denunciado –hecho negado– hecho probado - hecho analizado, punto a tener en cuenta con mayor detalle en otro acápite de este trabajo.

Como conclusión a esta primera etapa de la audiencia de juzgamiento e introducción a la siguiente, consideramos que la definición que nos brinda Montero Aroca sobre el tema de la prueba, resulta ideal y suficiente para reafirmar la importancia de la correcta fijación de los hechos en la audiencia: "El tema de prueba, son, pues, los hechos que después de las alegaciones de las partes resultan controvertidos.

Se trata de hechos que han sido afirmados por una parte y no admitidos por la otra. Sobre esos hechos nada permite dar más valor a la afirmación de una parte en contra de la otra y por lo mismo esos hechos son los necesitados de prueba"[2].

III. ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS: LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL AL DE HECHOS ACREDITADOS

Una vez fijados los hechos que requieren actuación probatoria, llegó el momento de probarlos. Es la etapa en la que las partes hacen el uso máximo de la herramienta de la oralidad, con un solo fin: acreditar ante el juez la existencia o no de los hechos alegados en el proceso. Como ya se evidencia, nos encontramos ante la etapa más destacada de toda la audiencia de juzgamiento, porque de ella se obtienen los hechos sobre los cuales el juez va a aplicar determinadas consecuencias jurídicas para resolver el conflicto.

Nos adherimos nuevamente a Montero Aroca cuando afirma que: "Aclarados todos los anteriores elementos, podemos definir la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del conocimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos"[3]. Si el gran cambio del nuevo proceso laboral es la oralidad, esto se justifica y verifica en la etapa de actuación de medios probatorios: es el momento de concurrencia entre las partes del proceso donde el demandante podrá acreditar la existencia de los hechos que denuncia y el demandando tendrá la obligación de acreditar lo contrario.

1. ¿Cómo se acredita un hecho? Básicamente causando convicción en el Juez sobre la existencia o no del mismo en la realidad, mediante la actuación de los medios probatorios que se hayan admitido y respecto a los cuales no se haya declarado fundada cuestión probatoria alguna[4]. Siguiendo este orden sobre los momentos que componen esta etapa, podemos afirmar que existe una relación de interés-necesidad entre las partes y el Juez: las partes tienen un interés particular en actuar medios probatorios que acrediten su versión de los hechos, mientras que el juez tiene una necesidad de información, la misma que le va a permitir adoptar una decisión sobre el caso planteado y resolver el conflicto mediante la motivación libre y razonada (basada siempre en el principio de legalidad) que realice en la sentencia sobre los hechos acreditados.

(2) MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 35.
(3) Ibídem, p. 60.
(4) Este esquema sobre la actuación de los medios probatorios está regulado en el artículo 46 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Sobre este punto, se puede consultar el acertado comentario al artículo que realizan Priori Posada y Otros, Ob. cit., p. 244.

Para un mejor entendimiento de esta etapa, vamos a presentar el análisis de dos audiencias de juzgamiento que consideramos reúnen el conjunto de elementos fundamentales de la actividad probatoria en el marco del proceso oral.

1. **Primera Audiencia:** correspondiente al ya citado Expediente N° 1840-2011, tramitado en Trujillo, donde la materia controvertida era determinar si la demandada había cumplido con el pago de determinados beneficios pactados vía convenio colectivo. En esta audiencia el esquema de actuación probatoria fue el siguiente:

   a) **Hechos que requieren actuación probatoria**[5]: determinar si la empresa demandada cumplió o no con el pago a favor del demandante de los incrementos remunerativos pactados vía convenio colectivo.

   b) **Medio probatorio admitido**[6]: el convenio colectivo que regulaba el beneficio reclamado (su actuación fue ofrecida por ambas partes).

   c) **Actuación del medio probatorio**[7]: ¿Cómo se actúa un convenio colectivo? A priori, aparenta ser un ejercicio de difícil desarrollo, pero el juez siguió un esquema simple, ordenado y en el que interactuó con las partes. Primero citó la fuente normativa (el convenio colectivo), acto seguido leyó a las partes el contenido obligacional (el beneficio objeto de reclamo) y les preguntó si estaban de acuerdo. Ante el asentimiento de las partes, procedió a preguntar a la emplazada como acreditaba el cumplimiento, ante lo cual la defensa argumentó que todas las boletas de pago y planillas de remuneraciones del demandante (otros dos medios probatorios admitidos) demostraban que este había percibido incrementos en sus remuneraciones, los cuales obedecían a lo pactado en el convenio colectivo. En este punto se evidenció un aspecto importante de la carga de la prueba: la parte que estaba obligada al cumplimiento de una obligación convencional (la misma que no era un hecho controvertido al no haberse negado su existencia) debía probar esto, motivo por el cual era lógico que el mayor número de actuaciones probatorias fueran desplegadas por la parte demandada. En este caso, se aprecia la facultad investigadora del juez, de revisar en presencia de las partes los montos porcentuales de incrementos que recibió el trabajador, interrogando a ambas partes en determinados momentos sobre cuestiones que a criterio del juez necesitaban

(5) Minuto 16:13 al 16:25 del video de Audiencia de Juzgamiento.
(6) Minuto 16:28 al 19:03 del video de Audiencia de Juzgamiento.
(7) Minuto 26:58 al 01h:24:17 del video de Audiencia de Juzgamiento.

ser aclaradas (ejemplo de la necesidad de información del juez satisfecha por las partes).

d) **Elementos destacados de esta audiencia:** uso de la herramienta de la oralidad, facultad investigadora del juez, participación de las partes, celeridad procesal (el juez pregunta libremente) y sobre todo la concentración: el juez está en presencia de las partes en una actuación inmediata, única, que le permite conocerlas, evaluar presencialmente su conducta, su predisposición para ayudarlo a resolver el conflicto; y las partes tienen la posibilidad de conocer lo que piensa el Juez de sus pruebas, el ¿cómo las interpreta?; y tienen la opción de implementar mecanismos alternativos durante la audiencia para reforzar la naciente convicción del Juez o intentar cambiarla[8].

2. **Segunda Audiencia:** En el Expediente N° 2311-2011, tramitado ante el Segundo Juzgado Laboral de Huancayo, la materia controvertida era determinar si existió o no coacción al momento en que el demandante suscribió el convenio de mutuo disenso que puso fin a su relación de trabajo con la demandada y si como consecuencia de esto le correspondía los montos por indemnización que reclamaba.

a) **Hechos que requieren actuación probatoria[9]:** determinar si existió o no coacción sobre el demandante al momento de suscribir su convenio de mutuo disenso.

b) **Medio probatorio admitido[10]:** a diferencia del primer ejemplo, en este proceso el Juez admitió medios probatorios que no estaban estrictamente vinculados al hecho materia de controversia, lo cual podría haber generado que la audiencia se extendiera en exceso (en el siguiente punto analizaremos los motivos por lo que esto no paso). Básicamente se admitió como medio probatorio: documentos presentados por ambas partes, la declaración de parte del demandante (la cual no se realizó por su inasistencia) y la declaración de testigo ofrecido por la demandada (se trataba del exjefe del demandante).

c) **Actuación de medios probatorios[11]:** escogimos para nuestro ejemplo esta audiencia, porque tiene dos características muy particulares: no asistió la parte demandante y el juez no actuó ninguna de las pruebas documentales

(8) El uso de la oralidad implica un alto nivel de preparación de las partes y sobre todo de los abogados que ejercen la defensa, porque en el proceso oral laboral las estrategias no pueden ser rígidas, deben ser dinámicas y adaptarse al desarrollo de la audiencia.
(9) Minuto 16:08 al 17:27 del video de Audiencia de Juzgamiento.
(10) Minuto 20:45 al 59:58 del video de Audiencia de Juzgamiento.
(11) Minuto 1:00:02 al 1:28:12 del video de Audiencia de Juzgamiento.

(como si sucedió en el ejemplo anterior con el convenio colectivo). Pero pese a estas dos situaciones, esta audiencia tiene un elemento que aporta a los fines de este trabajo: la actuación del medio probatorio de la declaración. En primer lugar el juez solo permitió el acceso del testigo a la Sala de Audiencias en la oportunidad en que tenía que declarar (en estricta observancia del artículo 26 de a NLPT), no permitió que la defensa de la demandada emplease un pliego interrogatorio preestablecido, solicitando que las preguntas fueran libres y sin ritualismos (artículo 24 de la NLPT). Al actuar esta prueba, el juez interrogó al testigo sobre hechos de los que tenía "dudas", es decir, una vez más se evidencia estos rasgos de búsqueda de convicción por parte del juez y que solo puede satisfacer en la audiencia y con la colaboración de las partes; y en este caso del testigo propuesto.

d) **Elementos destacados de esta audiencia:** nuevamente destacamos el uso de la oralidad, la concentración (en la medida que se puedo dar, teniendo en consideración la ausencia del demandante), la celeridad y la ausencia de formalismos al momento de interrogar a los testigos.

En este caso, cuando finalizó la etapa de alegatos, el juez interrogó a la parte demandada[12], sobre hechos que a su criterio aún debían ser aclarados (o sobre dudas que le pudieron haber surgido después de la etapa de alegatos), evidenciando el carácter dinámico que todo Juez debe tener en su análisis y valoración de los medios de prueba actuados en la audiencia, porque no debe considerar por agotadas sus fuentes de información porque "formalmente" haya concluido la etapa de actuación de medios probatorios, por el contrario el juez tiene el deber-necesidad de seguir informándose sobre los hechos en todo momento de la audiencia que considere oportuno, apuntando siempre a resolver el conflicto mediante su convencimiento de los hechos.

De los dos ejemplos desarrollados, consideramos que existen tres aspectos fundamentales que evidencian el cambio que la NLPT ha introducido en la concepción de actividad probatoria y que la experiencia de las Sedes Judiciales que ya la vienen implementando nos ha permitido recoger, cambios que a efectos prácticos presentamos en el siguiente cuadro:

(12) Minuto 1:39:45 al 1h:53:01 del video de Audiencia de Juzgamiento.

CUADRO N° 2	
Actividad Probatoria en el antiguo proceso laboral.	La actuación de medios probatorios en el nuevo proceso oral laboral.
Tipo de prueba admitida: genérica y en la mayoría de los casos no vinculada a los hechos denunciados o que pudieran resolver el conflicto.	Tipo de prueba admitida: La prueba se admite únicamente cuando está vinculada a un hecho controvertido y cuya probanza determina la resolución del conflicto.
Medio para la actuación de la prueba: Actuación básicamente "escrita" del medio probatorio. Uso frecuente del escrito denominado "Téngase presente".	Medio para la actuación de la prueba: La oralidad como herramienta permite desarrollar el contenido del medio probatorio ofrecido (testimonial, declaración de parte, pericial, documental, etc.).
Oportunidad para actuar la prueba: el juez valora la prueba sin la participación de las partes, usualmente después de los alegatos.	Oportunidad para actuar la prueba: La actuación de los medios probatorios se concentra en un solo momento: celeridad, inmediatez, eficacia y garantía al debido proceso.

Como conclusión a esta parte del presente trabajo, podemos afirmar que solo el buen uso de la oralidad durante la actuación de los medios probatorios permitirá a las partes llegar al segundo objetivo de su teoría del caso: acreditar los hechos ante el juez. Solo cuando el juez tenga convicción sobre la existencia o no de determinados hechos, es que podrá analizar sus consecuencias desde una óptica normativa, etapa que desarrollaremos en siguiente punto.

IV. ALEGATOS: EL ARTE DE LITIGAR

Como hemos venido sosteniendo las etapas de confrontación de posiciones, así como la actuación de pruebas resultan ser medulares en el nuevo proceso laboral, siendo incluso la base de una sentencia que garantice un debido proceso. Sin embargo, no menos importante es la etapa de alegatos, la cual es el producto de las etapas previas antes mencionadas y responden al desarrollo de una teoría del caso dentro de una audiencia de juzgamiento.

Los alegatos es la etapa donde las partes exponen los argumentos finales por los cuales consideran que la demanda debería ser declarada fundada o infundada según sea el caso. Si bien es cierto, la NLPT no hace un desarrollo en razón a dicha figura, consideramos necesario tener en cuenta una serie de situaciones que hemos constatado al momento en que los justiciables exponen sus alegatos ante los jueces. Sin embargo, antes de analizar ello, debemos tener presente que se entiende por la figura del alegato.

Desde el punto de vista gramatical, según la Real Academia Española (RAE): "Proviene del latín 'allegātus', y se define como argumento, discurso, etc., a favor o en contra de alguien o algo. Escrito en el cual expone el abogado las razones que sirven de fundamento al derecho de su cliente e impugna las del adversario".

Para Priori los alegatos suponen dos cosas: "(...) la oportunidad en la que las partes ejercen su derecho a ser oídos por el juez, esta vez respecto a lo acontecido en el proceso. Ya no es una presentación de los hechos controvertidos cuya dilucidación se propone al juez, sino más bien la explicación de las razones por las cuales debe dilucidar favorablemente o no aquellos hechos que fueron probados o no en juicio. En ese sentido, los alegatos a diferencia de la confrontación de posiciones, sí son una exposición de la posición de los hechos y derechos, con base en los medios de prueba que ya fueron actuados".

Finalmente, la NLPT no señala formalidad o hace referencia alguna sobre la presentación de los alegatos, solo señala que estos deben de efectuarse de manera oral.

Sin perjuicio de lo mencionado, si bien resulta claro que los alegatos suponen la exposición de **hechos y derechos**, los cuales deben tener como base exclusivamente los hechos acreditados en la actuación de los medios de prueba, lo cierto es que como ya hemos manifestado en los puntos precedentes del presente trabajo, en varias Cortes del país existe un gran número de procesos en los que las partes contrariamente a lo que debería ser un alegato, hacen recuentos innecesarios de hechos sobre los cuales jamás existió discusión alguna (hecho no necesitado de prueba) o realizan una lectura del petitorio y de los hechos señalados en la demanda, lo cual no coadyuva al proceso. Sin embargo, existen algunas sedes judiciales en las que se les otorga a las partes un espacio de cinco minutos para ordenar sus conclusiones y presentar sus alegatos, hecho que consideramos coadyuva al proceso y a la correcta oralización de alegatos centrados en lo probado y demostrado en la audiencia de juzgamiento.

Asimismo, hemos podio corroborar que los alegatos permiten al juez no solo tener una mejor idea del proceso y de lo probado en el mismo, sino que en algunos casos genera nuevas interrogantes sobre determinado punto del proceso (como en el caso de la ya comentada audiencia de Juzgamiento en Huancayo), hecho que ha generado que el juez una vez concluido los alegatos haga una serie de preguntas sobre determinados temas que no le haya quedado del todo claro. Creemos que hay situaciones que lo amerita, además que no existe ningún dispositivo legal que lo prohíba, la propia NLPT no regula el tema y otorga total libertad a los jueces en el desarrollo del proceso (una evidencia más del informalismo positivo que la NLPT fomenta).

En síntesis, los alegatos resultan ser la última oportunidad que tienen las partes de convencer al juez de su posición y para ello este debe cerrar el esquema de la teoría del caso que las partes desarrollen en la audiencia, acercando al juez a la decisión final que este tomará, por lo que es vital presentar conclusiones sólidas con un razonamiento lógico en su construcción, tomando siempre como base los hechos probados en el proceso.

V. LA SENTENCIA: UN PRODUCTO TÉCNICO DEL PROCESO ORAL LABORAL

La sentencia es producto de las etapas previas como son:la confrontación de posiciones, actuación de pruebasy los alegatos; y que está definida por la Real Academia Española (RAE) como "declaración del juicio y resolución del juez".

Alcalá-Zamora y Castillo la define como la declaración de voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso.

Cabe señalar que en la concepción tradicional de sentencia, esta tiene un desarrollo formal y otro de fondo, los cuales pasamos brevemente a describir:

1. Desde el punto de vista formal en toda sentencia encontramos:

a) Identificación

El lugar, la fecha, la mención del juez, el nombre de las partes y el objeto del litigio son circunstancias que permiten identificar una sentencia y determinar, también su validez jurídica.

b) Narración

"La exposición de los hechos acontecidos durante el procedimiento o sea la síntesis de los puntos cuestionados a través de la demanda, contestación, etc.; los medios de prueba ofrecidos y desahogados por cada parte, los problemas jurídicos planteados y las incidencias que van a ser materia de la resolución, es lo que constituye la parte narrativa del fallo".

Consideramos que con la aplicación de la NLPT, la narración debe ser utilizada solo en caso concreto.

c) Motivación

Como ya adelantamos, en el marco de la NLPT, una sentencia para considerase mínimamente motivada debe concatenar en este orden: los hechos delimitados como materia de conflicto, los hechos acreditados; y finalmente, sobre estos últimos el juez debe realizar el ejercicio de subsumir el hecho dentro del supuesto establecido en una norma específica para atribuirle las consecuencias jurídicas que la ley establece y que dotarán de contenido resolutivo y coercitivo a su fallo.

d) Resolución

La sentencia es la parte del fallo, que contiene la voluntad del Juzgador (Estado) en el caso resuelto y que debe ser conclusión lógica que resulte de la motivación de la sentencia.

e) Autorización

Actuación suscrita por el juez

2. Y desde el punto de vista del fondo encontramos los siguientes requisitos:

a) Ley de la congruencia.

Desde nuestra perspectiva sobre la NLPT, en la sentencia solo debe analizarse los hechos que han sido debidamente acreditados por las partes.

b) El silogismo lógico que importa el fallo.

"Para llegar a la conclusión, en que concentra la actividad jurisdiccional debe formular desde el punto de vista lógico un silogismo cuya mayor es la norma jurídica aplicable, la menor, los hechos controvertidos vistos a través de las pruebas aportadas por las partes, la conclusión, la aplicación de la norma abstracta al caso controvertido, estableciendo la voluntad soberana del Estado, en el caso concreto".

Si bien el silogismo es correcto y si bien en la NLPT ocurre algo similar, consideramos que tiene una mayor relevancia la actuación de los medios de prueba y las conclusiones obtenidas de dicha actuación.

c) Valorización de las pruebas.

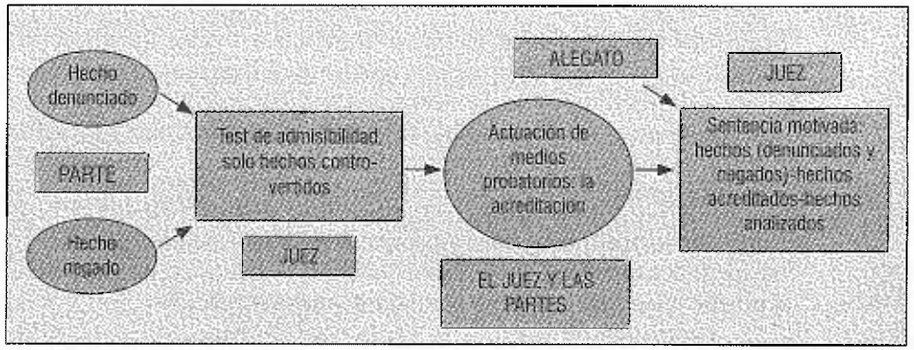
La inmediatez en las audiencias le permite al juez otorgar determinada valoración a cada uno de los medios de prueba que las partes han presentado y oralizado. Así como despejar cualquier duda que dichos medios de prueba le generen, permitiendo de esta manera hacer una valoración más eficaz para los fines del proceso.

Si bien la sentencia debería recoger los puntos antes mencionados, sobre todo en lo referido al aspecto de fondo (más que lo formal), hemos constatado en los distintos procesos, que usualmente no se sentencia en la audiencia de juzgamiento de forma oral sino se aplaza para sentenciar de manera escrita, dando paso algunas veces a recuentos de hechos innecesarios **y análisis de medios de prueba** que versan sobre hechos que no son materia controvertida, gran número de citas de doctrina, generándose sentencias extensas, las cuales podrían suponer un esfuerzo extremo en relación a la materia controvertida.

En ese sentido, consideramos que en algunos juzgados no se tendría presente que la NLPT señala como regla general que la sentencia se emita de forma oral una vez culminado los alegatos de las partes, permitiendo excepcionalmente que se emitan sentencias dentro de los cinco **días de culminada la audiencia de juzgamiento**.

También hemos podido percibir que en algunas sedes judiciales aun se considera que una sentencia corta de tres o cinco páginas (que haga mención a temas específicos de la audiencia de juzgamiento, tales como el minuto de la grabación en el cual se prueba o se valida algún hecho que sustenta el fallo) no garantiza el derecho de defensa de las partes y por ende no es una buena sentencia.

En síntesis, la sentencia es el producto de las tres etapas anteriores, es el objetivo que impulsa al juez a conocer los hechos y genera el interés en las partes de acreditarlos en la aúdiencia. Gráficamente, el proceso productivo de la sentencia sería el siguiente:



Una sentencia que sea razonada, lógica, con conexidad entre los hechos probados y lo decidido basado en la normativa aplicable al caso concreto (subsunción) y con un soporte adecuado (audio y video de la audiencia); permitirá que en líneas generales no sea susceptible de nulidad (en el supuesto que esta sea apelada y el fallo no sea compartido por el superior jerárquico, solo sea revocada y reformulada), generando una sentencia eficaz.

VI. CONCLUSIÓN

Si se tratara de dar una respuesta al título del presente trabajo ¿Vamos hacia la profesionalización del proceso oral laboral?, tendríamos que dar un sí parcial, porque la experiencia recogida y analizada a lo largo de estas líneas nos muestra que las herramientas sí están dadas para el desarrollo pleno de un proceso laboral técnico, donde prime la profesionalización antes que la improvisación, pero que como toda herramienta, su buen uso siempre dependerá de sus portadores. En este sentido destacamos, las sentencias emitidas en las audiencias de Juzgamiento analizadas en este trabajo, las cuales evidencian el buen uso de la herramienta de la oralidad y nos dan una clara muestra de que está surgiendo un proceso de interiorización de los principios y fines de la NLPT en los órganos de administración de justicia; y creemos que la tendencia jurisprudencial va en este sentido.

Somos de la opinión de que estos dos primeros años de implementación de la NLPT, han evidenciado la poca experiencia de los profesionales del derecho en la práctica del litigio, quizás porque en el antiguo modelo bastaba "llevar procesos", práctica entendida como: demandar/contestar demandas, presentar muchos escritos durante los tres o cuatro años que duraba el proceso y conversar con el juez una o dos veces sobre el caso durante todo este tiempo.

El nuevo modelo oral, ha generado una necesidad de adaptación y reingeniería de las estrategias de defensa empleadas en un proceso, porque estas se ven limitadas a una única actuación: la audiencia de juzgamiento, en la cual la resolución del conflicto dependerá del nivel de profesionalización con que las partes acudan a la audiencia y que el juez asuma un rol activo, tal y como hemos podido apreciar en las audiencia modelo analizadas en este trabajo.

Otra consecuencia directa de la implementación de la NLPT la podemos apreciar en el reciente pleno jurisdiccional en materia laboral emitido por la Corte Suprema de la República, el cual permite conocer el criterio jurisdiccional sobre aspectos fundamentales de la norma procesal, el mismo que se complementa con las iniciativas desplegadas en varias cortes del país, donde se han llevado a cabo encuentros jurisdiccionales (por ejemplo en Huancayo, Chimbote y Trujillo) y se han realizado pasantías en distritos donde ya se implementó la NLPT (por ejemplo las llevadas a cabo en Cuzco, Trujillo, Huancayo, Arequipa, Tacna), evidencias de que los órganos judiciales están asumiendo un rol activo en la implementación de la NLPT.

Finalmente, podemos concluir que esta primera etapa de implementación va a sentar las bases para el perfeccionamiento del modelo, porque es responsabilidad de todas las partes interesadas el aprender de los errores detectados, potenciar las virtudes existentes e interiorizar que estamos en los albores de una nueva era judicial en el ámbito de la justicia laboral: la era de la profesionalización.

CENTRANDO EL DEBATE EN EL PROCESO LABORAL: LA IMPORTANCIA DE LA CORRECTA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS NECESITADOS DE ACTUACIÓN PROBATORIA

Sebastián SOLTAU SALAZAR

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia del curso de Derecho Procesal del Trabajo en la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios. Asociado del área laboral de Miranda & Amado Abogados.

"El cuadro no puede ser pintado si a lo significativo y a lo insignificante se les da la misma importancia. Uno debe saber cómo seleccionar"(1).

SUMARIO

I. Introducción; **II.** ¿Qué debemos entender por "hechos necesitados de actuación probatoria"?; **III.** ¿Hechos necesitados de actuación probatoria o puntos controvertidos?; **IV.** ¿Por qué es importante la correcta determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria?; **V.** ¿Cómo se determinan los hechos necesitados de actuación probatoria?

I. INTRODUCCIÓN

La cita del epígrafe contiene una lección igual de valiosa para todos los actores de un proceso judicial (juez y partes(2)): antes de ir a un proceso, y una vez dentro de este, es necesario realizar un ejercicio de depuración.

(1) Traducción propia de la frase de Benjamin N. Cardozo, ex magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, citada en: READ, SHANE. *Winning at trial*. Colorado: National Institute for Trial Advocacy, 2007, p. 1.

(2) A lo largo de la presente ponencia utilizaremos el término "parte" para referirnos tanto al sujeto que ocupa la posición de demandante o demandado en un proceso judicial, como a su respectivo abogado patrocinante.

En el caso de las partes (demandante y demandada), tal ejercicio se realiza al momento de la construcción de sus respectivas teorías del caso, que deberían caracterizarse por ser relatos o puntos de vista claros, sencillos y verosímiles que puedan ser fácilmente asimilados por el juez y que permitan a este comprender –e idealmente, compartir– los fundamentos de la pretensión o defensa que se plantea.

Por ello, cada parte tiene la difícil tarea de seleccionar los hechos que van a integrar su teoría del caso o, lo que es lo mismo, de elegir los elementos fácticos para pintar el cuadro que le quiere mostrar al juez.

La presentación de un conjunto de hechos entreverados y confusos, inspirada por la máxima de "si no puedes convencer, confunde", no es más una alternativa.

Esto último es particularmente cierto para la litigación en los procesos laborales regidos por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "NLPT"), en los que: (i) no es posible esconderse tras los papeles (hay que estar listo para y dispuesto a oralizar los fundamentos plasmados en los escritos); y, (ii) los jueces cuentan con diversas "herramientas" para desincentivar este tipo de conductas (imposición de multas por temeridad o mala fe procesal, presunciones judiciales derivadas de la conducta de las partes, etc.).

Ahora bien, más allá de la rigurosidad con que cada parte seleccione los hechos que van a integrar su teoría del caso (en la práctica, lamentablemente sigue primando el discurso entreverado y confuso), consideramos que el momento clave de depuración en un proceso laboral regido por la NLPT se da al inicio de la etapa de actuación probatoria, cuando el juez enuncia los hechos que no necesitan de esta y, en forma paralela, determina cuáles sí la requieren (numerales 1 y 2 del artículo 46 de la NLPT)[3].

En las siguientes líneas, intentaremos explicar porqué –a nuestro criterio– el momento referido es quizás el más importante, no solo de la audiencia de juzgamiento o única (si se trata de un proceso abreviado laboral), sino de todo el proceso laboral.

II. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR "HECHOS NECESITADOS DE ACTUACIÓN PROBATORIA"?

Para responder a esta interrogante, es necesario distinguir tres nociones de la teoría general de la prueba: el objeto abstracto de prueba, el objeto concreto de prueba y la necesidad o tema de la prueba.

(3) La NLPT no indica expresamente que el juez debe enunciar los hechos necesitados de actuación probatoria; sin embargo, tal momento se encuentra implícito en el numeral 2 del artículo 46 que establece lo siguiente: "El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria".

DEVIS ECHANDÍA define el objeto abstracto de prueba como "(...) lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes (...)"[4]. En la misma línea, dicho autor explica que "(...) objeto de prueba judicial, en general, puede ser todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógico (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera)"[5].

Como se puede apreciar, la noción de objeto abstracto de prueba abarca todo aquello susceptible de ser probado, no siendo relevante su relación con un conflicto intersubjetivo de intereses específico[6].

Refiriéndose al objeto concreto de prueba, DEVIS ECHANDÍA explica que "los hechos totalmente ajenos a la cuestión materia del proceso no son objeto concreto de prueba en este proceso, en el sentido de que es improcedente o no es pertinente probarlos, aun cuando en abstracto puedan ser susceptibles de prueba u objeto de prueba; por eso se autoriza al juez en tales casos para rechazar la petición de prueba (...). En este sentido algunos autores hablan de objeto abstracto y objeto concreto de prueba"[7].

A diferencia de la primera noción comentada, el objeto concreto de prueba se encuentra ligado indefectiblemente a un conflicto intersubjetivo de intereses específico, y está compuesto por aquellos hechos que, además de tener una relación lógico-jurídica directa o indirecta con lo que se discute, constituyen el presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas invocadas. Así, por ejemplo, formará parte del objeto concreto de prueba de un proceso de indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo, la entrega al demandante de los equipos de protección personal necesarios para desarrollar sus labores (hecho), mas no el triunfo de la selección peruana de fútbol en su último partido de las clasificatorias al mundial (hecho).

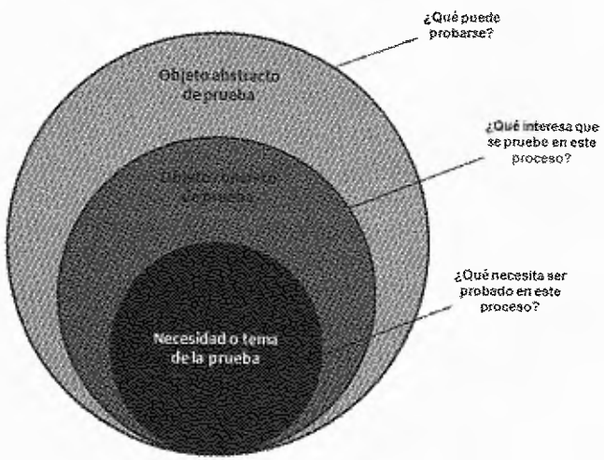
En cuanto a la necesidad o tema de la prueba, DEVIS ECHANDÍA la define como "(...) el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, y que la

(4) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Editorial Rubinal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 73.
(5) Ibídem, p. 75.
(6) Montero Aroca nos enseña que el objeto abstracto de prueba se relaciona con la pregunta "¿qué puede probarse?" y precisa que "(...) *la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, en cuanto no pretende referirse a un proceso concreto*" (MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Editorial Aranzadi, Madrid, 2007, p. 69).
(7) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., p. 79.

ley exige probar por medios autorizados. Están, pues, excluidos del tema o la necesidad de prueba no solo los hechos que no interesan para aplicar la solución de derecho en el respectivo proceso, sino también aquellos que no obstante formar parte del presupuesto de hecho en ese proceso (objeto concreto de la prueba) debe considerarlos ciertos el juez, sin necesidad de la prueba, por cualquier razón legal (...) o cuya prueba es imposible o está prohibida por ley"[8].

Respecto de la diferencia entre el objeto concreto de prueba y la necesidad o tema de la prueba, nociones que suelen ser confundidas, el autor citado aclara que "(...) la última noción tiene un significado más limitado todavía, a saber, lo que necesita prueba en cada proceso y no solamente lo que tiene interés para ese proceso; así los hechos presumidos o notorios o indefinidos forman parte del objeto concreto de prueba en determinado proceso, pero no necesitan prueba y no forman parte del tema de prueba de ese proceso"[9].

El siguiente gráfico resume lo hasta aquí expuesto:



Cuando el numeral 2 del artículo 46 de la NLPT alude a "los hechos necesitados de actuación probatoria" está haciendo referencia a lo que en la teoría general de la prueba se denomina "necesidad o tema de la prueba". En otras palabras, los hechos necesitados de actuación probatoria son la necesidad o tema de la prueba de un proceso laboral específico.

(8) Idem, p. 86.
(9) Ibídem, p. 79.

Así las cosas, es claro que la NLPT ha impuesto al juez la tarea de determinar qué hechos necesitan ser probados durante la etapa de actuación probatoria. Este debe realizar, pues, un ejercicio de depuración a fin de excluir de la actuación probatoria aquellos hechos que: (i) pudiendo ser probados no tienen ninguna relación con lo que se discute (objeto abstracto de prueba); y, (ii) pudiendo ser probados y teniendo una relación con lo que se discute (objeto concreto de prueba), no necesitan ser probados por ser presumidos legalmente, gozar de notoriedad, etc.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por "hecho"? Esta no es una interrogante fútil si reparamos en que todas las nociones comentadas giran en torno a la idea de que lo que se prueba en un proceso judicial son los hechos.

Si bien coincidimos con TARUFFO cuando afirma que "(...) en realidad, no existe una noción de "hecho" elemental y aceptable que pueda asumirse sin discusión como punto de partida (...)" y que "(...) no hay nada más discutible y confundente que la idea de que puede haber una definición simple y unitaria de lo que constituye un hecho en el ámbito del proceso"[10], consideramos útil la clasificación de DEVIS ECHANDÍA, quien señala que –en un sentido jurídico amplio– este término incluye "a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga (por ejemplo, la agresión de un trabajador a uno de sus compañeros de trabajo); b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana (por ejemplo, un terremoto que ocasiona la caída del techo de un sector de una planta industrial); c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos (por ejemplo, un contrato de trabajo); d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etcétera (por ejemplo, el padecimiento de una enfermedad profesional); e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderían al primer grupo (por ejemplo, la aflicción o sufrimiento que genera un daño moral o la motivación prohibida detrás de un despido)"[11].

Como se puede apreciar, la noción de "hecho" propuesta por DEVIS ECHANDÍA es bastante amplia, siendo esta una de sus mayores virtudes. No obstante ello, debe quedar claro que no todo puede ser calificado como un hecho y, por consiguiente, constituir objeto de prueba.

(10) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2005, pp. 92-93.
(11) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pp. 75-76.

Así, refiriéndose a las cuestiones de puro derecho, DEVIS ECHANDÍA explica que "(...) las reglas jurídicas, como principios jurídicos abstractos que forman el derecho positivo y que el juez debe aplicar oficiosamente (iura novit curia), no son objeto de la prueba judicial"[12].

Sin embargo, existen múltiples casos en los que no es sencillo distinguir entre las cuestiones de hecho y de derecho. Sobre el particular, DEVIS ECHANDÍA comenta que "(...) es imposible separar de los 'hechos el juicio que sobre ellos tengan las personas que los hayan percibido y quienes reciban el relato de aquéllas, y esos juicios revisten en muchos casos un carácter jurídico inevitable, pues es frecuente que el testigo o el perito y la parte misma en el documento o la confesión o la demanda y su contestación, los emitan utilizando conceptos jurídicos generalmente conocidos (...). Entonces la cuestión de derecho forma parte del hecho que se trata de probar, pero no creemos aceptable decir que aquélla por sí misma e independiente del hecho constituya objeto de prueba, como no los constituyen los demás juicios (...)"[13].

Un ejemplo nos ayudará a aclarar esta idea. Cuando en un proceso de pago de indemnización por despido arbitrario un demandante afirma que ha sido víctima de un despido, ciertamente nos encontramos frente a un juicio respecto de un hecho (su cese o salida de la empresa), con una innegable connotación jurídica (extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador). Tal cuestión de derecho, siguiendo el planteamiento de DEVIS ECHANDÍA, forma parte del hecho que se trata de probar y, por consiguiente, de existir controversia respecto de él, bien podría constituirse en unos de los hechos necesitados de actuación probatoria del proceso.

Los inconvenientes se presentan cuando cuestiones de derecho más abstractas como la desnaturalización de la tercerización de servicios son tratadas como hechos y consideradas como parte de la necesidad o tema de la prueba de un proceso determinado. En tales casos, la utilización de un concepto jurídico amplio o vago impide que se precise de mejor manera los hechos necesitados de actuación probatoria.

Siguiendo con el ejemplo anterior, es preferible que se fijen dos o tres hechos necesitados de actuación probatoria vinculados directamente con los elementos esenciales y/o rasgos características de una tercerización de servicios válida que, conforme a las afirmaciones del demandante, no se cumplen en el caso de la tercerización de servicios cuestionada (por ejemplo, "determinar si el demandante recibió órdenes de X, trabajador de la empresa principal" y "determinar si la empresa de tercerización de servicios cuenta con una pluralidad de clientes"), a que

(12) Ibídem, p. 84.
(13) Ibídem, p. 83.

exista un único hecho necesitado de actuación probatoria de rasgos marcadamente jurídicos ("determinar si la tercerización de servicios se ha desnaturalizado").

En todo caso, es importante que siempre se tenga en cuenta que, por regla general, las cuestiones de derecho no constituyen objeto de prueba (no pudiendo ser fijadas como hechos necesitados de actuación probatoria), a menos que estas formen parte de un hecho y –este es un añadido nuestro– no entorpezcan (por su amplitud o vaguedad) la actuación probatoria.

III. ¿HECHOS NECESITADOS DE ACTUACIÓN PROBATORIA O PUNTOS CONTROVERTIDOS?

Existe una idea generalizada en el ámbito procesal laboral, de que no es correcto utilizar la expresión "puntos controvertidos" para hacer referencia a los "hechos necesitados de actuación probatoria". Si bien no conocemos a detalle los fundamentos de esta postura, estimamos que la misma se basa en que la expresión "puntos controvertidos" es utilizada por el Código Procesal Civil[14] (en adelante, CPC), el cual regula procesos por audiencias, mas preeminentemente escritos. En consecuencia, se trataría de una expresión propia de un esquema procesal incompatible con el de la NLPT (preeminentemente oral) o ya superado.

Nosotros no compartimos esta postura, pues consideramos que ambas expresiones pueden ser utilizadas de manera indistinta. En otras palabras, no vemos inconveniente alguno con que se afirme que todo hecho necesitado de actuación probatoria es a su vez un punto controvertido.

Un análisis de los verdaderos alcances de la expresión "puntos controvertidos" permite advertir que esta también se refiere a aquellos hechos que necesitan ser probados en un proceso judicial específico (necesidad o tema de la prueba).

PALACIOS PAREJA, comentado la regulación del CPC, define a los puntos controvertidos como "(...) aquellos hechos afirmados por cada una de las partes como fundamento de sus petitorios y que no son admitidos por la otra, respecto

(14) "**Artículo 468.**- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio
Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.
Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnable sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral".

de los cuales debe proporcionársele al juez el medio o indicarle la vía para conocer y resolver acerca de su veracidad"[15].

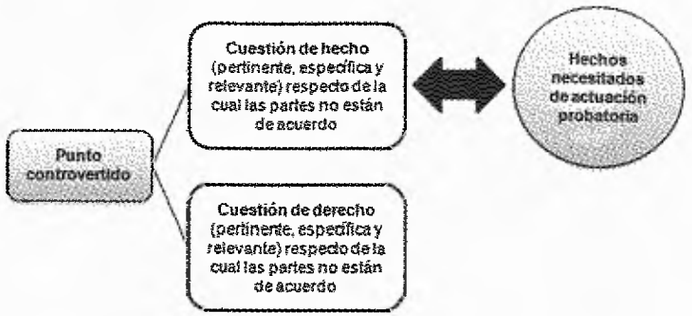
Por su parte, ZAVALETA RODRÍGUEZ los define como "(...) aquellas discrepancias entre las partes del proceso expresadas en cuestiones pertinentes, específicas y relevantes para la solución del caso. Estas cuestiones aluden a desacuerdos, divergencias o cuestionamientos –que puede formularse a manera de preguntas– relativas a los problemas que presenta el caso. (...) no cualquier cuestión es un 'punto controvertido', para que lo sea ella tiene que ser atinente o estar relacionada con la discusión procesal (pertinencia), pero no en forma tangencial o superflua, sino íntimamente; de modo que -como su nombre lo indica- puntualice o concretice en pocas palabras lo que debe ser objeto de indagación, análisis y argumentación (especificidad). Se excluyen, por tanto, las discrepancias nimias o sin importancia en función de la información que se busca completar o filtrar para fijar las premisas del razonamiento judicial (relevancia)"[16].

Ahora bien, quizás la única particularidad del concepto "punto controvertido" es que este, a criterio de un sector de la doctrina procesal nacional, "(...) puede abarcar no solo hechos discutidos y hechos no admitidos ni negados, sino también cuestiones de derecho, cuando conviniendo las partes en la veracidad de un hecho alegado, se discute su calificación, o las consecuencias jurídicas que de él se pretenden deducir, caso en el que, en relación al hecho mismo se producirán los efectos normales de la admisión y, como consecuencia obvia, el desacuerdo no versará sobre el hecho mismo, sino sobre sus consecuencias jurídicas que el juez deberá resolver en la sentencia"[17].

Según esta postura, los puntos controvertidos también pueden estar referidos a cuestiones de puro derecho, es decir, discrepancias entre las partes respecto de –por ejemplo– la vigencia en el tiempo u constitucionalidad de una disposición legal.

Sin embargo, sea que se comparta o no este planteamiento, es innegable que la coincidencia entre ambas expresiones es, por lo menos, parcial. El siguiente gráfico lo demuestra:

(15) PALACIOS PAREJA, Enrique. "La fijación de los puntos controvertidos en la metodología de la investigación jurídica". Ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Lima, 1995, p. 156.
(16) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. "Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional". En: *Revista Athina*. Lima, 2009, p. 134.
(17) PALACIOS PAREJA, Enrique. Ob. cit., p. 157.



En suma, como habíamos apuntado líneas atrás, todo hecho necesitado de actuación probatoria es a su vez un punto controvertido. Solo la afirmación inversa (todo punto controvertido es un hecho necesitado de actuación probatoria) es debatible, dependiendo de la postura que se asuma respecto de los alcances del concepto "punto controvertido".

IV. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA CORRECTA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS NECESITADOS DE ACTUACIÓN PROBATORIA?

PALACIOS PAREJA postula que "(...) la fijación de puntos controvertidos implica la aplicación de una adecuada metodología de investigación jurídica al proceso y, en consecuencia, sirve para una correcta delimitación del debate judicial, de la actividad probatoria y, evidentemente, de la decisión final del juez que compondrá el conflicto"[18].

Por su parte, ZAVALETA RODRÍGUEZ plantea que "desde la perspectiva procesal, los puntos controvertidos coadyuvan a que el juez establezca los parámetros del thema decidendi y la consecuente fundamentación del fallo. Su importancia es crucial, pues de la adecuada delimitación del objeto del proceso depende el correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional"[19].

Centrándose en las ventajas para el juzgador, URIARTE CORDÓN señala que "una correcta delimitación de la litis genera una serie de ventajas desde el punto de vista del juez, que se traducen básicamente en el ahorro de tiempo, claridad a la hora de entrar a resolver, e incluso en la posibilidad de terminar el procedimiento"[20].

(18) Ibídem, p. 154.
(19) ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger. Ob. cit., p. 138.
(20) URIARTE CORDÓN, Aner. "La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba". En: PICÓ I JUNOY, Joan. *Aspectos prácticos de la prueba civil*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, p. 43.

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que la correcta determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria o puntos controvertidos permite que se centre adecuadamente el debate en un proceso judicial, lo que evita que se desperdicie tiempo al interior de este y reduce las probabilidades de que se dicten resoluciones judiciales susceptibles de ser revocadas o anuladas.

¿Cómo se pierde tiempo a consecuencia de la incorrecta determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria? Pues de diversas maneras. Por ejemplo, se pierde tiempo cuando el juez admite medios de prueba de manera indiscriminada, sin tener un parámetro claro de pertinencia (relación lógico-jurídica directa o indirecta con los puntos controvertidos), lo que conlleva una extensión innecesaria de la etapa de actuación probatoria[21].

Sobre el particular, PALACIOS PAREJA señala que "(...) la determinación de los puntos controvertidos por parte del juez (...) le permite, además de delimitar los extremos en controversia, actuar en su oportunidad solo los medios probatorios relativos a estos extremos destinando la actividad procesal solo respecto a aquellos, haciendo con ello efectivo el principio de economía procesal. Incluso esto puede determinar la conclusión prematura del proceso sin necesidad de realizar más actividad procesal que la sentencia"[22].

Otra forma en que se pierde tiempo es en la actuación misma de los medios de prueba. En particular, de las declaraciones de parte y declaraciones de testigos. Si el juez y las partes no tienen claro cuáles son los hechos necesitados de actuación probatoria del caso o se califica como tales a cuestiones de hecho o de derecho amplias o vagas, existe un escenario propicio para la formulación de preguntas impertinentes o irrelevantes a las partes o testigos, que también dilatan innecesariamente la audiencia. La idea es, como apunta ZAVALETA RODRÍGUEZ, que los jueces actúen los medios de prueba en función de los puntos controvertidos, a fin de que la actuación probatoria sea eficiente[23].

En lo que respecta a la relación entre la correcta determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria y la reducción de las probabilidades de

(21) Cabe resaltar que en los procesos preeminentemente orales regidos por la NLPT, todo medio de prueba admitido (incluyendo a los documentos) debería ser "oralizado" por la parte que lo ofrece (explicar su pertinencia, incidir en su fuerza o eficacia probatoria, etc.), lo que ciertamente toma tiempo.

(22) PALACIOS PAREJA, Enrique. Ob. cit., p. 158. De acuerdo al último párrafo del artículo 43 de la NLPT, el juez puede fallar en la audiencia de conciliación si advierte que "la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno"; sin embargo, en la práctica son pocos los casos en los que los jueces ejercen esta facultad, ya que la determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria (momento en el que se realiza propiamente lo que hemos venido a denominar un "ejercicio de depuración") se da en la audiencia de juzgamiento. Sin embargo, nada obsta para que en dicha audiencia, el juez pase inmediatamente de la etapa de confrontación de posiciones a la etapa de alegatos, si al analizar cuáles son los hechos necesitados de actuación probatoria –con el correspondiente aporte de las partes– concluye que la cuestión debatida es solo de derecho o que no hay necesidad de actuar medio de prueba alguno.

(23) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. Ob. cit., p. 139.

revocación o anulación de las resoluciones judiciales, ZAVALETA RODRÍGUEZ señala acertadamente que "(...) una deficiente fijación de los puntos controvertidos no solo abriría las puertas para la realización de actividad procesal inútil, sino que dejaría mucho margen a la discrecionalidad y a los errores judiciales en cuanto a la valoración de qué hechos y argumentos son relevantes para resolver el caso"[24].

En la misma línea, URIARTE CORDÓN plantea que "la idea básica consiste en que la inversión en tiempo a la hora de celebrar una audiencia previa en condiciones (huyendo de meros formalismos), bien preparada y bien dirigida, puede suponer un verdadero ahorro de tiempo con posterioridad a la misma, además de reducir las posibilidades de equivocación en la sentencia definitiva (al haber concretado al máximo el objeto del debate)"[25].

Lo que nos quiere decir este último autor es que si bien toma tiempo (tanto fuera como dentro de la audiencia de juzgamiento o única) hacer un análisis riguroso para delimitar adecuadamente el objeto de debate en un proceso laboral, fijando puntos controvertidos pertinentes, específicos y relevantes, tal inversión de tiempo se traduce posteriormente en menores complicaciones para el juez al momento de sentenciar. Y es que si este se ha preocupado por determinar correctamente los hechos necesitados de actuación probatoria, tendrá absolutamente claro qué medios de prueba se relacionan con cada punto controvertido y sobre qué hechos debe pronunciarse necesariamente en su decisión.

En nuestra opinión, tal pronunciamiento forma parte del contenido esencial de la sentencia al que se refiere el primer párrafo del artículo 31 de la NLPT[26] y es imprescindible para que podamos hablar de una debida motivación[27], la cual –como bien apunta ZAVALETA RODRÍGUEZ– "(...) no puede atribuirse exclusivamente a la labor desplegada por el juez en la etapa decisoria, (ya que) es más bien la parte final de una construcción que empieza desde que se fijan los puntos controvertidos"[28].

En definitiva, debe quedar claro que si continuamos obviando la importancia de la determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria, los procesos laborales regidos por la NLPT no serán todo lo eficientes que podrían ser y la

(24) Ibídem, p. 141.

(25) URIARTE CORDÓN, Aner. Ob. cit., p. 49. Cabe mencionar que la Ley de Enjuiciamiento Civil española regula una audiencia previa en el "juicio ordinario", en la que las partes, sus defensores y el juez fijan los "hechos controvertidos".

(26) "**Artículo 31.**- Contenido de la sentencia
El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho. (...)"

(27) A modo de referente, podemos citar el numeral 4 del artículo 122 del CPC que dispone que las resoluciones deben contener "la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. (...)".

(28) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. Ob. cit., p. 141.

revocación o anulación de las sentencias por asuntos como la vulneración del principio de congruencia o del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales seguirá siendo usual.

V. ¿CÓMO SE DETERMINAN LOS HECHOS NECESITADOS DE ACTUACIÓN PROBATORIA?

A pesar de la importancia de la determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria, los jueces laborales vienen tratándola como un mero formalismo, pues se están limitando a parafrasear la o las pretensiones formuladas en la demanda. Así, por ejemplo, si un trabajador demanda su reposición por haber sido víctima de un despido antisindical, lo más probable es que se fije como único hecho necesitado de actuación probatoria "determinar si el demandante fue víctima de un despido antisindical". De esta forma, la multiplicidad de hechos alegados por las partes (el despido de otros dirigentes sindicales, el reciente inició del procedimiento de negociación colectiva, etc.), que subyacen a sus escritos postulatorios y a sus exposiciones orales en la etapa de confrontación de posiciones, se pierden bajo una fórmula amplia y vaga.

Ahora bien, cabe mencionar que esta no es una práctica privativa de los jueces laborales, ya que se replica en otras especialidades. Refiriéndose a la situación en los procesos civiles, PALACIOS PAREJA asevera que "(...) esta forma de entender y utilizar el concepto de punto controvertido (...) es totalmente incorrecta, no constituye aporte alguno para el trabajo de investigación que representa el proceso, y reduce una herramienta metodológica de gran utilidad a un trámite mecánico, repetitivo y en consecuencia inútil"[29]. En otras palabras, la identificación de los puntos controvertidos con la o las pretensiones de la demanda elimina, de plano, la utilidad o razón de ser de su fijación[30].

Antes de proponer una metodología para determinar adecuadamente los hechos necesitados de actuación probatoria de un proceso laboral específico, que esperamos aporte a la superación de la práctica comentada, creemos pertinente responder a la siguiente interrogante: ¿la determinación de los puntos controvertidos es una tarea que compete exclusivamente al juez o pueden las partes, al

(29) Palacios Pareja considera que esta forma de proceder tiene dos posibles explicaciones: (i) una inadecuada comprensión de lo que constituye la fijación de puntos controvertidos y su evidente utilidad metodológica para la labor jurisdiccional; y, (ii) la inmensa carga procesal que soporta un juez, que le impide revisar detenidamente cada proceso antes de la audiencia de la audiencia en que se fijan los puntos controvertidos (PALACIOS PAREJA, Enrique. Ob. cit., pp. 158-159).

(30) Zavaleta Rodríguez señala que existen tres errores típicos en la fijación de los puntos controvertidos: (i) identificarlos con el petitorio de la demanda; (ii) considerar como tales a expresiones vagas o abstractas; e, (iii) indicar como tales a aspectos totalmente intrascendentes o incidentales cuya dilucidación nada aporta para resolver el caso (ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. Ob. cit., pp. 143-144).

igual que en el proceso civil[31], proponer puntos controvertidos o siquiera participar en su fijación?

Si bien el texto del artículo 46 de la NLPT pareciera no dar espacio a la intervención de las partes en la determinación de los hechos necesitados de actuación probatoria, consideramos que tal intervención es indispensable. De la misma opinión es ZAVALETA RODRIGUEZ, quien plantea que "(...) dada la trascendencia de los puntos controvertidos en el desarrollo y conclusión del proceso, las partes no deben actuar como simples espectadoras al momento de su fijación, sino que deben colaborar activamente con el juez en ejercicio de su derecho de defensa. Y es que, si bien esta actividad es dirigida por el juzgador no está librada a su arbitrio; por el contrario, debe efectuarse bajo condiciones que garanticen su plena eficacia (v.gr. lectura previa del expediente, confrontación de las posiciones de ambas partes y participación de ellas en su determinación)"[32].

URIARTE CORDÓN también comparte esta postura, pues afirma que "(...) para poder llevar a cabo una fijación de hechos controvertidos resulta imprescindible la intervención de los letrados directores de las partes, quienes deben mantener una intervención activa para que aquella (...) pueda cumplimentarse efectivamente"[33].

Las partes deben tener, pues, la posibilidad de proponer hechos necesitados de actuación probatoria adicionales a los fijados por el juez y/o solicitar precisiones respecto de estos últimos. Esto no quiere decir que la decisión final sobre la fijación de un determinado hecho como punto controvertido deje de encontrarse en cabeza del juez. Sin embargo, atendiendo a la trascendencia de este momento (en el que, como hemos visto, se centra y delimita el objeto de debate), no encontramos una justificación razonable para que los hechos necesitados de actuación probatoria sean impuestos unilateralmente por el juez, sin siquiera oír a las partes.

Habiendo aclarado este punto, pasamos a explicar la metodología que proponemos para determinar los hechos necesitados de actuación probatoria de un proceso laboral específico, la cual no se ciñe estrictamente a la literalidad del artículo 46 de la NLPT, mas no es incompatible con su finalidad (que es lo más importante).

Bajo esta metodología, el juez –con el correspondiente aporte de las partes– deberá ir descartando hechos hasta quedarse únicamente con los hechos necesitados de actuación probatoria.

(31) El artículo 468 del CPC establece que las partes pueden proponer al juez por escrito los puntos controvertidos; sin embargo, incluso si ninguna de las partes presenta una propuesta, el juez tiene el deber de fijar los puntos controvertidos.

(32) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. Ob. cit., pp. 146-147.

(33) URIARTE CORDÓN, Aner. Ob. cit., p. 45.

Ahora bien, tres son los presupuestos para su aplicación: (i) que el juez haya leído detenidamente los escritos postulatorios; (ii) que el juez atienda a las exposiciones de las partes en la etapa de confrontación de posiciones[34]; y, (iii) que el juez y las partes solo califiquen como "hecho" aquel suceso, acontecimiento, etc., que puede entenderse incluido en este término, de acuerdo al sentido jurídico amplio comentado en el segundo acápite de la presente ponencia, procurando que el mismo sea siempre lo más preciso o concreto posible.

El siguiente gráfico resume los pasos de la metodología que proponemos:



En primer lugar, se debe hacer una lista[35] de los hechos afirmados en la demanda y verificar cuáles de ellos no han sido negados expresamente en la contestación. Estos hechos calificarán como hechos admitidos (segundo párrafo del artículo 19 de la NLPT) y, por ende, no requerirán de actuación probatoria. A consecuencia de la aplicación de este primer filtro, nos quedamos solo con los hechos controvertidos (es decir, afirmados por el demandante y negados por el demandado).

En segundo lugar, se debe hacer una lista de los hechos controvertidos y verificar cuáles de ellos no son pertinentes, es decir, no guardan una relación lógico-jurídica con el supuesto de hecho de las normas jurídicas invocadas. Estos hechos calificarán como hechos impertinentes y, por ende, no requerirán de actuación probatoria. A consecuencia de la aplicación de este segundo filtro, nos quedamos solo con los hechos controvertidos y pertinentes.

En tercer y último lugar, se debe hacer una lista de los hechos controvertidos y pertinentes, y verificar cuáles de ellos no necesitan de actuación probatoria por ser presumidos por ley, encontrarse recogidos en una resolución judicial con calidad de cosa juzgada o ser notorios[36]. A consecuencia de la aplicación de este

(34) Estas exposiciones, y es importante recalcarlo, deben centrarse en los hechos y no en el derecho (artículo 45 de la NLPT). Un error común de los abogados litigantes es que introducen fundamentos jurídicos en esta etapa, los cuales recién deberían ser abordados en la etapa de alegatos, cuando la controversia ya se encuentra debidamente delimitada.

(35) Lo ideal es que, habiendo revisado la demanda y contestación, el juez lleve una primera versión de esta lista –y las demás que se mencionarán– a la audiencia de juzgamiento o única, a fin de que sirva como borrador, sujeto a los eventuales aportes de las partes.

(36) Para conocer los alcances de este y los demás supuestos de hechos que no necesitan de actuación probatoria, que son más de los que figuran expresamente en el numeral 1 del artículo 46 de la NLPT, recomendamos la revisión de: PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral* ARA Editores, Lima, 1997, pp. 169-179.

tercer y último filtro, nos quedamos solo con los hechos necesitados de actuación probatoria o, lo que es lo mismo, con la necesidad o tema de la prueba del proceso respectivo.

Si estos pasos se aplican de manera ordenada y se respetan -además- los presupuestos anteriormente mencionados, no tenemos ninguna duda de que tanto el juez como las partes quedarán satisfechos con la depuración realizada, pues esta se traducirá en un beneficio para todos ellos: un proceso laboral eficiente y célere, focalizado en el núcleo de la controversia.

Para finalizar esta ponencia, creemos pertinente referirnos a las dificultades prácticas en la fijación de los hechos controvertidos advertidas por URIARTE CORDÓN, juez español, a fin de determinar si estas también se presentan en los procesos laborales regidos por la NLPT y, de ser así, proponer brevemente una medida para superar un par de ellas.

El autor citado advierte cinco dificultades prácticas: (i) la inercia histórica (los actores del proceso no están acostumbrados a la labor de fijar puntos controvertidos); (ii) la instantaneidad derivada de la oralidad (el juez debe pronunciarse rápidamente sobre todas las cuestiones planteadas); (iii) la falta de orden y claridad en los escritos; (iv) la imposibilidad de acuerdo entre las partes respecto de cuáles son los hechos necesitados de actuación probatoria; y, (v) la complejidad de la cuestión litigiosa.

En nuestra opinión, todas estas dificultades también se presentan en los procesos laborales regidos por la NLPT[37]; sin embargo, solo propondremos medidas para intentar mitigar dos de ellas.

Ciertamente la falta de orden y claridad en los escritos –y también en las exposiciones– complica la tarea de determinar los hechos necesitados de actuación probatoria. Por ello, consideramos saludable la práctica de algunos jueces laborales que solicitan a las partes –en el auto admisorio de la demanda o en la resolución que fija fecha para la audiencia de juzgamiento– que asistan a la audiencia con una relación simplificada y numerada de los hechos que afirman y que sustentan su respectiva pretensión o defensa. Asimismo, nada obsta para que el juez solicite aclaraciones a las partes durante la etapa de confrontación de posiciones, ya sea sobre lo señalado en sus escritos o sus exposiciones orales.

Por otro lado, aunque la complejidad de un caso puede hacer muy dificultosa la fijación de puntos controvertidos precisos y concretos –pensemos, por ejemplo,

(37) En nuestra opinión, la imposibilidad de acuerdo entre las partes respecto de cuáles son los hechos necesitados de actuación probatoria también es una dificultad que se presenta en los procesos regidos por la NLPT, pues -como hemos explicado- las partes también deberían tener la posibilidad de intervenir en la fijación de los puntos controvertidos. No obstante ello, recalcamos que en esta materia la última palabra la tiene el juez, por lo que la discrepancia entre las partes, aunque relevante, no impediría que se fije el o los puntos controvertidos respecto de los cuales estas no se ponen de acuerdo.

en procesos que combinan problemáticas densas como la homologación remunerativa y la desnaturalización de la tercerización de servicios–, es indispensable que el juez –apoyado por las partes– intente simplificar al máximo la controversia. Cuando decimos que hay que simplificar la controversia, no nos referimos a que el número de puntos controvertidos debe ser reducido. Por el contrario, en este contexto, simplificar puede significar desmenuzar una controversia compleja a tal punto que terminemos fijando más de cinco o diez puntos controvertidos. Ello, lejos de implicar una dispersión excesiva del debate y/o potencial dilatación de la audiencia, evidenciaría un análisis riguroso del caso que muy probablemente propicie el dictado de una sentencia debidamente motivada.

LA SOLICITUD DE TRATO IGUAL Y HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

Karla ZUTA PALACIOS
Asociada de Miranda & Amado Abogadas.
Egresada de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo (Mención en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

SUMARIO **I.** Desafíos y herramientas que ofrece el proceso oral; **II.** Derecho a la igualdad en materia laboral; **III.** Principio "igual trabajo, igual valor"; **IV.** Postulacion al proceso; **V.** ¿Qué ocurre en la audiencia de juzgamiento?; **1.** La actuación probatoria; **2.** Alegatos y sentencia; **VI.** Conclusiones. Bibliográfia.

I. DESAFÍOS Y HERRAMIENTAS QUE OFRECE EL PROCESO ORAL

La NLPT, además de exigirnos mayor eficiencia, estudio de nuestro proceso y calidad probatoria, nos reta a tener mayor imaginación, a ser más explícitos, didácticos y a dejar atrás paradigmas que antes pudieron limitar o inhibir a los abogados de una mayor "creatividad" al litigar.

Defender un proceso oral nos reta a ir más allá de enumerar fundamentos de hecho y respaldarlos con normas sustantivas o adjetivas, implica el desafío de demostrar en pocos minutos por qué tenemos la razón, lógicamente a la luz de los deberes normativos del caso y realizando un especial ejercicio de síntesis y concentración en lo que, según nuestra perspectiva, resultará lo más importante o vital para nuestra defensa.

Una teoría del caso planificada, estructurada y ejecutada permitirá ejercer apropiadamente y potenciar al máximo nuestro derecho a la defensa(1). La adecuada

(1) Oré Guardia, en su curso de Teoría del Caso: "Esta es la herramienta que 'nace con la determinación de nuestra versión de los hechos y contiene el planteamiento estratégico del litigante'". Léase documento

elaboración de nuestra teoría del caso, ya sea como parte demandante o como parte demandada en un proceso laboral no es una obligación, sino una necesidad para poder afrontar con eficiencia y suficiencia un juicio[2].

Existen materias controvertidas, pretensiones procesales-laborales que trascienden a los típicos casos de solicitud de pago de beneficios sociales. Casos como impugnaciones de despido, cumplimiento de normas convencionales, desnaturalización de contratos o solicitudes de homologación salarial, nos invitan a ir más allá de estrictas exhibicionales documentales, y hacer uso de diversas herramientas que el proceso oral pone a nuestra disposición, las cuales, como hemos mencionado antes, deben estar dirigidas a realizar una defensa concreta, precisa, coherente y, por sobre todo, sustentada en pruebas de actuación inmediata.

Hemos escogido uno de los temas mencionados para compartir, cómo consideramos que podemos hacer uso de tales herramientas para participar en un proceso laboral oral, en este caso una pretensión que nos interesa por sus especiales fundamentos, es la de homologación salarial.

II. DERECHO A LA IGUALDAD EN MATERIA LABORAL

En forma breve, para contextualizarnos, es necesario hacer una puntual referencia al derecho que inspira a solicitud de homologación de remuneraciones, este es evidentemente, el consagrado derecho a la igualdad.

La Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquiera otra índole, ello en afinidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 2 se proclama el derecho a la igualdad o distinción por motivos políticos, sociales económicos, entre otros.

Sin embargo, este derecho, al igual que los demás, no es absoluto, pues, como observamos, no excluye al trato diferenciado.

Patricia Palacios, invocando senda doctrina, e, incluso, la filosofía griega, señala que los iguales deben ser tratados en forma igual y los diferentes en forma diferente; indica, además, que resulta difícil la tarea de determinar quiénes son iguales y quiénes son distintos con base en distintas circunstancias personales[3].

completo en: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=busqueda&secID=&search=ore+guardia&catID=0&button=Ir>. (p. 3).

(2) RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Diana "La Teoría del Caso en el Nuevo Proceso laboral". En: *Soluciones Laborales*. Febrero 2011. p. 76.

(3) PALACIOS, Patricia. *La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 2006, p. 27.

En el ámbito del Derecho del Trabajo el derecho a la igualdad, en su sentido formal "exige una verificación de hecho para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclama un trato correspondiente a lo comprobado. De este modo, el trato no puede ser desigual para lo iguales ni igual para los desiguales"[4].

Como es evidente, este principio va directamente ligado al de no discriminación, el mismo que está recogido por el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, institución que señala que la "la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por motivos de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o los requisitos del trabajo que deban desempeñar".

Iván Blume señala que la discriminación no es solo una mera diferenciación que afecta la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades, indica que el elemento que lo define y configura es, en realidad, los motivos o razones especialmente odiosas que transforman o convierten una simple diferenciación en una discriminación prohibida[5].

Es decir, las normas nacionales, internacionales y la doctrina coinciden en que el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo están enmarcados en el contexto de un trato igual, sin distinciones arbitrarias que obedezcan a diferenciaciones carentes de sentido o que atenten contra la lista de casos antes descrita (raza, sexo, religión, etc.).

El derecho a un trato igual en el ámbito de las relaciones laborales implica las mismas condiciones de acceso a oportunidades, ya sea para ser postular a un puesto, a un ascenso, a ciertos beneficios o a una remuneración determinada. Evidentemente, para tener opción a ello, el trabajador tendrá que cumplir con ciertos requisitos e incluso competir con otras personas. Esta competencia debe conservar el derecho a la igualdad, es decir, no se debe otorgar ventajas o situar a alguien en desventaja en razón de los motivos prohibidos antes descritos, pues ello implicaría un atentado contra el derecho a la igualdad y no discriminación. Por el contrario, será válido tener en cuenta diferencias de distinta índole para determinar quiénes están o no calificados para acceder a algún derecho que consideremos nuestro.

(4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª edición ERA Editores, Lima, 1997, p. 115.

(5) BLUME, Iván. *Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 17.

III. PRINCIPIO "IGUAL TRABAJO, IGUAL VALOR"

Cuando una persona sospecha que se está vulnerando su derecho a la igualdad, respecto al salario que percibe, debe tener en cuenta algunos criterios a fin de determinar si nos encontramos frente a un caso de discriminación o de diferenciación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, inciso 2 declara que: "Toda persona tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Entonces, para solicitar este derecho, debemos determinar un primer hecho lesivo, consistente en identificar por qué afirmamos que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, respecto a quién, y cuál es el perjuicio que esta situación ha producido, ya sea moral o económico, o quizá ambos.

En el caso de la solicitud de un reintegro de remuneraciones por homologación salarial, evidentemente, lo que se solicita es el mandato de pago de la diferencia que el demandante considera injustificada frente a otro trabajador, a quien considera su homólogo, o su igual. En este contexto, el trabajador busca un resarcimiento económico respaldado en el principio "igual trabajo, igual valor".

Es evidente, por tanto, que para solicitar este derecho, se ha cumplido con el deber mínimo de verificar efectivamente, si ambos trabajadores son objetivamente iguales y si, en consecuencia, deben "ganar lo mismo". Recordemos que la igualdad, como hemos señalado antes, no es un derecho absoluto, sino que está sujeta a diversos parámetros de diferenciación justificada.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, al señalar que el derecho a la igualdad y no discriminación no tiene una lectura absoluta, por el contrario, no toda diferenciación está prohibida, ni supone una discriminación, en tanto esta se sustente, como en los casos que nos ocupan, en una base objetiva, razonable, racional y proporcional;

En la sentencia recaída en el Exp. N° 1399-2001-AA/TC publicada el 18 de marzo de 2003, se señala que la cláusula de igualdad está referida a que no se introduzcan diferenciaciones de trato que no tengan base objetiva o no sean razonables, eso es, que se trate de tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos conforme aparece de las hipótesis negativa detallada en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, concluyendo en que no todo trato desigual, es inconstitucional, sino únicamente aquel que aparezca como decididamente irrazonable.

El Supremo Intérprete también sostiene que este principio no se configura ante el trato diferenciado entre personas en caso exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato; agregando que para que exista un trato desigual admisible, debe existir desigual de supuestos de hecho, es decir, "implica la

existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos es intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no otro "[6].

Agrega que el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus "calidades accidentales" y "a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente".

La Corte Suprema de la República comparte y amplía este criterio en senda jurisprudencia, en la que detalla cuáles son los elementos objetivos y subjetivos que nos permitirán determinar si nos encontramos frente a un caso de discriminación o de trato diferenciado justificado entre dos trabajadores; estos elementos son la antigüedad, experiencia, años de servicio, capacitaciones, trayectoria, funciones efectivamente desarrolladas, entre otros[7].

En este contexto queda determinado el ámbito de la igualdad salarial y las circunstancias que permitirán decidir sobre el ejercicio del derecho a solicitar el reintegro de remuneraciones por homologación, así como los principales fundamentos que deben ser invocados a fin de construir una teoría del caso sustentable.

IV. POSTULACION AL PROCESO

La Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene, en su artículo 7°, que "todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"

Bajo estas premisas se postula al proceso y, el Juez procederá a calificar la demanda, la cual, como prescribe el Art. 424° del Código Procesal Civil (referido expresamente en la Ley N° 29497), debe contener "la determinación clara y concreta de lo que se pide", así como "los hechos en que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad".

Esto a su vez, permitirá que la contraparte tenga la posibilidad de contestar conforme a lo previsto en el artículo. 442 del Código Procesal Civil, en el cual se exige a la parte demandada para que: **i)** se pronuncie respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda; **ii)** exponga los hechos en que se funda su defensa; y, **iii)** ofrezca los medios probatorios pertinentes a su defensa.

Es decir, la apropiada exposición de los hechos en los que se fundamenta la demanda (en nuestro caso, la demanda de homologación) consistirá en señalar por qué se considera igual e injustamente remunerado respecto a otra persona determinada. Este será el punto de partida elemental para denunciar un hecho lesivo.

(6) Sentencia recaída en el Exp. N° 2510-2002-AA/TC
(7) Estos criterios son de observancia obligatoria, según la Cas. N° 208-2005-Pasco, y han sido ratificados en sentencias emitidas en el año 2012, inclusive.

El cumplimiento de dicho deber de diligencia por parte del demandante, permitirá que la contestación contenga todas las defensas procesales y sustantivas necesarias para resolver la controversia en un solo acto (audiencia). Así, en caso la demandada cuente con las pruebas necesarias que le ayuden a contradecir la existencia de un trabajo igual que determine una igual remuneración, estará en capacidad de contradecir los hechos puntualmente señalados y de respaldar su contradicción con los elementos probatorios que considere necesarios.

Es en este punto en el que la defensa debe construir su teoría del caso, haciendo uso de las habilidades que describíamos al principio. Llevémoslo a la práctica con el caso que hemos escogido, es decir, ante una solicitud de reintegro de remuneraciones por homologación.

Como hemos indicado antes, quien demanda debe señalar cuál es el hecho lesivo que afecta sus derechos, cual es la situación de desventaja en la que se encuentra; en este caso cuál es la remuneración que percibe y cuál es la que considera que debe o debió percibir, quién percibe dicha remuneración y por qué considera que son trabajadores objetivamente iguales (entendida la igualdad según lo detallado *supra*).

Al respecto, la teoría de la sustanciación, busca que la demanda contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente. Alsina afirma que, bajo este sistema, la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran alguna vinculación con ellas, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación aunque fuera indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final[8].

De esta manera, la contraparte podrá identificar los hechos que aceptará o aquellos que serán materia de contradicción, y de ocurrir lo último, la labor de la parte demandada consistirá en demostrar en forma eficiente, concisa y oportuna, por qué es que no habría infringido el principio de igualdad y, por tanto, no tendría el deber de pagar los reintegros solicitados.

¿Cómo demostrarlo? Evidentemente remitirnos a simples documentos no será suficiente. Probablemente boletas, planillas de pago y liquidaciones de beneficios servirán al demandante para demostrar la diferencia remunerativa, sin embargo, es importante que ambas partes y el propio juzgador tengan presente que no es ésa la controversia, a menos que se haya detectado que existe algún error o alteración de los documentos ofrecidos, hecho que conllevará a causales de tacha o improcedencia según sea el caso.

(8) Citado por GOZAÍNI, Ósvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 369.

Ubiquémonos en una situación en la cual no se discute la remuneración que en la práctica percibe el demandante, ni la pretendida, que percibe un determinado trabajador; en tal caso será un esfuerzo poco productivo problematizar este aspecto, por lo que consideramos que la remuneración que consta en las boletas o planillas no son un hecho que necesite de mayor prueba o que pueda ser calificado como controvertido.

El desafío de la parte demandada, en realidad radica en demostrar las causas que justifican dicha diferencia de sueldos, aquéllas que ha señalado la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Es decir, debe justificar, con pruebas, el porqué de una remuneración diferenciada entre los trabajadores comparados, y esto último es lo que debe hacer: comparar con una base probatoria que respalde cada dicho.

Deben demostrarse los factores objetivos y subjetivos que justifican las diferencias remunerativas. ¿Cómo? Las evidencias pueden ser muchas: legajos, el detalle de los puestos de trabajo que pueden aparecer en documentos internos o en la planilla, certificados de capacitación, registro de conducta (la meritocracia también es importante). Actuar estos documentos puede recordarnos, en cierta forma a la actuación probatoria propia de la Ley N° 26636, sin embargo, tienen una connotación especial en el escenario de la NLPT: deben oralizarse. Además, tenemos expedita la posibilidad de actuar pericias, declaraciones de parte, declaraciones testimoniales que nos permitirán demostrar nuestra posición.

V. ¿QUÉ OCURRE EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO?

La Audiencia de Juzgamiento es la audiencia principal en el proceso, jugando un rol clave en la revaloración del carácter instrumental del proceso[9], ello debido a que permite al juez, gracias al principio de inmediación, oír y apreciar directamente la sustentación de las posiciones de las partes, en base a hechos y pruebas, todo lo cual permitirá, en forma célere y sobre la base de una permanente interacción, tomar una decisión para resolver la controversia sobre los hechos sustentados.

La estructura del proceso ha quedado establecida en la Audiencia de Conciliación, en la cual las partes y el juez han definido los hechos que necesitan ser objeto de prueba. El discurso que genere la confrontación de posiciones estará enfocado en resumir lo hechos y anunciar cómo serán demostrados, esto es, con pruebas pertinentes con las posiciones ya establecidas en los respectivos escritos postulatorios; todo lo cual llevará a que la **teoría del caso** desarrollada por cada parte, permita otorgar al Juez una noción respecto a la valoración probatoria que deberá perfilar, así como las normas aplicables para resolver la controversia.

(9) DELGADO DE MARKY, Elizabeth y VINATEA RECOBA, Luis. "La Audiencia de Juzgamiento en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de la SPDTSS* - 1ª Edición. Editorial El Búho, Lima/Cusco, 2010, p. 372.

Los hechos expuestos oralmente deben corresponder con los desarrollados en los escritos postulatorios, no por una cuestión de formalismo, sino porque se debe velar por el debido proceso y la oportunidad de defensa única con que ambas partes cuentan en un juzgamiento (también aplicable para el proceso abreviado), lo cual obliga al magistrado a respetar las reglas que contienen al derecho de defensa, derecho a la debida motivación y derecho a la igualdad[10].

1. La actuación probatoria

La actuación probatoria, se regirá por el enunciado que hace el juez, de los hechos que van a ser objeto de prueba, esto significa, una vez más, que no cabe la incorporación de hechos distintos a los que han sido planteados en la etapa postulatoria del proceso, pues, a este momento procesal, cada parte llega con su teoría del caso planteada en torno a la fijación de posiciones.

Se exige diligencia probatoria a las partes (prueba oportuna), y, dada la carga de la prueba, con mayor rigor a la demandada, dentro del plazo de su contestación. Ello significa que se preocupará por concentrar esfuerzos en acreditar aquello que le ha sido trasladado, sin incorporar hechos distintos a lo que comprende el contenido de la demanda (léase hechos impertinentes o innecesarios).

Establecidos y comprendidos los hechos que necesitan de pruebas, el juez procederá a admitir aquéllas que hayan superado el filtro formal mínimo que las hagan pasibles de actuación. En este punto, como hemos señalado antes, las partes, bajo la dirección del juzgador, deberán oralizar sus pruebas, es decir, expondrán cuál es el hecho que demuestran y cómo ocurre ello.

Volviendo a nuestro tema concreto, en un proceso de reintegro de remuneraciones por homologación, el abogado del demandante puede, por ejemplo, proyectar la filmación de su patrocinado realizando sus funciones y luego al trabajador que considera su homólogo, también realizando sus labores diarias, las cuales pueden ser las mismas y con lo cual estaría demostrando un supuesto de igualdad de funciones que respaldarían su pretensión. Lo propio puede hacer la parte demandada, para demostrar lo contrario.

Otro recurso que pueden usar ambas partes es el de las declaraciones, ya sea una declaración de parte, una testimonial o la declaración de un perito; estas pueden ayudar a descubrir la verdad material o, al menos, pueden otorgar ciertos indicios que, a la luz del principio de inmediación, pueden dar ciertas pautas al juez para arribar a la verdad.

Los interrogatorios permitirán despejar una serie de dudas razonables, convirtiéndose, así, no solo en elementos manejables a discreción de las partes, sino

(10) DELGADO DE MARKY y VINATEA RECOBA. Ob. cit., p. 368.

que, la NLPT los convierte en un deber para la judicatura, de **escudriñar** en las declaraciones, en busca de, ya lo dijimos, la verdad material o elementos indiciarios que esclarezcan el conflicto.

Las declaraciones, según la NLPT deben ser personalísimas, esto se debe a que es necesario que el declarante no solo proporcione respuestas cortas o preparadas, sino que esté en condiciones de explicar situaciones, de reflejar reacciones o dar detalles que quizá otra persona no conozca. En el caso de homologación, podrá indicar cómo realiza o realizó sus labores, cómo sus capacitaciones sumaron valor o productividad a su trabajo, o por qué realmente considera que la labor prestada debe ser igual o mejor remunerada que la de una determinada persona. Este nivel de detalle no aportará en la misma medida si la declaración de parte procede de un apoderado.

Es importante tener en cuenta que no solo el trabajador demandante puede ser llamado a declarar, sino también el apoderado de la empresa empleadora demandada. Este supuesto obliga a que el representante conozca el tema la menor detalle, pues una respuesta general o ambigua puede ser valorada en su contra o puede, incluso, sancionarse su conducta procesal.

Este análisis es también aplicable a los testigos, quienes no pueden participar ni oír el resto de la diligencia debido a que se arriesga la objetividad de su declaración, pues, por ejemplo, si han escuchado el desempeño que ha señalado el demandante o que ha descrito el abogado de la contraparte, puede dudar de lo que él (el testigo) tiene por cierto.

El caso de la declaración de un perito, puede ir ligada a una pericia de parte. Nos explicamos, en nuestro caso se le puede haber pedido a un perito que realice un resumen detallado de los conceptos que, históricamente, componen la remuneración de los trabajadores comparados, ello a fin de demostrar, quizá las razones de sus incrementos o la falta de los mismos. Esta información puede presentarse por escrito, en una pericia suscrita por un colegiado, pero si la defensa lo considera importante, puede incluso, solicitar la declaración del perito, quien estaría en condiciones de explicar al detalle el análisis desarrollado y las conclusiones del mismo.

No hemos olvidado a nuestras pruebas documentales, como hemos indicado antes, estas deben oralizarse. ¿De qué manera? Explicando qué demuestra cada una de ellas, por ejemplo, si una prueba explica que el demandante está mejor capacitado que el trabajador cuya remuneración pretende, o si el presunto homólogo tiene algunos años más de antigüedad o estudios de especialización, o si uno de ellos se desarrolla en un área que abarca mayor responsabilidad o complejidad o productividad en la empresa. Son situaciones que deben explicarse y sustentarse con las documentales que eventualmente puedan respaldar la posición de alguna de las partes y que serán confrontadas a fin de determinar su nivel de convicción y eficacia probatoria, pues el principio de oralidad e inmediación permitirá que el juez no tenga

duda alguna sobre lo que las partes intenten demostrar con sus pruebas documentales (o exhibicionales que, para el caso, se actúan de similar forma).

2. Alegatos y sentencia

Evidentemente todo el esfuerzo desplegado apunta a obtener una sentencia favorable, antes de expedirla el juez valorará los hechos expuestos por las partes, su sustento normativo y, principalmente, quién ha logrado demostrar fehacientemente su posición, es decir, quién ha sustentado y defendido mejor su teoría del caso. No es una tarea fácil, pero una apropiada participación procesal de las parte podría ofrecer un panorama más claro al juez, respecto a los hechos materia de controversia.

Cada parte tiene la oportunidad de realizar un resumen sobre lo que ha logrado demostrar y su importancia para resolver el caso, esta es la etapa de los alegatos en los cuales podremos señalar, por ejemplo, cómo los hechos encajan en los requisitos dispuestos por la Corte Suprema, cómo se ha configurado la vulneración del derecho a la igualdad, o de ser el caso, cómo se ha demostrado que la diferencia salarial se encuentra justificada. Estas conclusiones serán las que pediremos sean tomadas en cuenta al momento de resolver.

Es bueno recordar que el fallo o decisión del juez, según la complejidad del caso, puede ser emitido inmediatamente después de los alegatos, una hora más tarde o, de considerarlo necesario, el despacho dispondrá de cinco días hábiles para resolver.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos señalado al principio, cada caso, en especial, bajo el sistema de la oralidad, implica un necesario compromiso de conocer, sustentar y, por sobre todo, demostrar los hechos alegados por cualquiera de las partes.

Esta responsabilidad nos compromete a elaborar una teoría del caso o "estrategia de defensa" que será acorde con la complejidad de la materia, pues de ello dependerá el despliegue probatorio implicado

Para demostrar algo no deben existir limitaciones (salvo las legales), es decir, debemos aprovechar el nuevo modelo del proceso laboral para poder hacer uso de todas las herramientas probatorias que el proceso anterior limitaba o que en su defecto, implicaba la dilación temporal del caso.

En procesos especialmente complejos, como por ejemplo, el de de homologación de remuneraciones, debemos procurar conocer los fundamentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de la materia, pues ello nos ayudará a determinar cuáles son los hechos que necesitamos probar y cómo lo vamos a realizar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. *El debido proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- BLUMe, Iván. *Igualdad Salarial entre mujeres y hombres en el Perú*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- MARCELO DE BERNARDIS, Luis. *La garantía procesal del debido Proceso*. Editorial Cuzco, Lima, 1995.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª edición, ARA Editores, Lima, 1997.
- PALACIOS, Patricia. *La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.
- PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara Editores, Lima, 2011.
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Retos del Derecho del Trabajo Peruano. Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de la SPDTSS. 1a edición, Editorial El Búho, Cusco-Lima, octubre, 2010. Vinatea Recoba, Luis y Toyama Miyagusuku, Jorge. comentarios a la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

REVISTAS

- *Revista Jurídica del Perú*. N° 114. Editorial Normas Legales. Lima, agosto de 2010.
- *Soluciones Laborales*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2010.
- *Soluciones Laborales*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, febrero de 2011.

duda alguna sobre lo que las partes intenten demostrar con sus pruebas documentales (o exhibicionales que, para el caso, se actúan de similar forma).

2. Alegatos y sentencia

Evidentemente todo el esfuerzo desplegado apunta a obtener una sentencia favorable, antes de expedirla el juez valorará los hechos expuestos por las partes, su sustento normativo y, principalmente, quién ha logrado demostrar fehacientemente su posición, es decir, quién ha sustentado y defendido mejor su teoría del caso. No es una tarea fácil, pero una apropiada participación procesal de las parte podría ofrecer un panorama más claro al juez, respecto a los hechos materia de controversia.

Cada parte tiene la oportunidad de realizar un resumen sobre lo que ha logrado demostrar y su importancia para resolver el caso, esta es la etapa de los alegatos en los cuales podremos señalar, por ejemplo, cómo los hechos encajan en los requisitos dispuestos por la Corte Suprema, cómo se ha configurado la vulneración del derecho a la igualdad, o de ser el caso, cómo se ha demostrado que la diferencia salarial se encuentra justificada. Estas conclusiones serán las que pediremos sean tomadas en cuenta al momento de resolver.

Es bueno recordar que el fallo o decisión del juez, según la complejidad del caso, puede ser emitido inmediatamente después de los alegatos, una hora más tarde o, de considerarlo necesario, el despacho dispondrá de cinco días hábiles para resolver.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos señalado al principio, cada caso, en especial, bajo el sistema de la oralidad, implica un necesario compromiso de conocer, sustentar y, por sobre todo, demostrar los hechos alegados por cualquiera de las partes.

Esta responsabilidad nos compromete a elaborar una teoría del caso o "estrategia de defensa" que será acorde con la complejidad de la materia, pues de ello dependerá el despliegue probatorio implicado

Para demostrar algo no deben existir limitaciones (salvo las legales), es decir, debemos aprovechar el nuevo modelo del proceso laboral para poder hacer uso de todas las herramientas probatorias que el proceso anterior limitaba o que en su defecto, implicaba la dilación temporal del caso.

En procesos especialmente complejos, como por ejemplo, el de de homologación de remuneraciones, debemos procurar conocer los fundamentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de la materia, pues ello nos ayudará a determinar cuáles son los hechos que necesitamos probar y cómo lo vamos a realizar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. *El debido proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- BLUMe, Iván. *Igualdad Salarial entre mujeres y hombres en el Perú*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- MARCELO DE BERNARDIS, Luis. *La garantía procesal del debido Proceso*. Editorial Cuzco, Lima, 1995.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª edición, ARA Editores, Lima, 1997.
- PALACIOS, Patricia. *La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.
- PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara Editores, Lima, 2011.
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Retos del Derecho del Trabajo Peruano. Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de la SPDTSS. 1a edición, Editorial El Búho, Cusco-Lima, octubre, 2010. Vinatea Recoba, Luis y Toyama Miyagusuku, Jorge. comentarios a la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

REVISTAS

- *Revista Jurídica del Perú*. N° 114. Editorial Normas Legales. Lima, agosto de 2010.
- *Soluciones Laborales*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2010.
- *Soluciones Laborales*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, febrero de 2011.

AUSPICIADORES

RIPLEY

REPSOL

sodexo

SOUTHERN COPPER
SOUTHERN PERU

SOLUCIONES LABORALES

san fernando
la buena familia

Talma

Telefónica

UNIVERSIDAD DE PIURA

xstrata copper

EEA Estudio Echecopar

FERRERO

Gonzalez & Asociados
CONSULTORES LABORALES
abogados

Laos, Aguilar, Limas
& Asociados
Chile | Ecuador | España | México | Perú

MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

ESTUDIO MUÑIZ
MUÑIZ RAMIREZ PEREZ-TAIMAN & OLAYA
Abogados

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO
ABOGADOS

RUBIO LEGUIA NORMAND

Bonites, Forno & Ugaz